201
14 C
27

6-41-A-49-

~~14-16-F.R.4~~

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS AVEC

LE DROIT DES GENS ET LE DROIT CIVIL.

Ch. Duriez, imp. à Senlis.

Digitized by Google

LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS AVEC

LE DROIT DES GENS

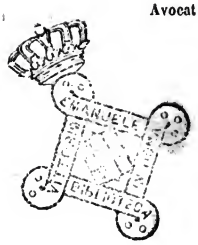
ET

LE DROIT CIVIL;

PAR

M. G. MASSÉ,

Avocat à la Cour royale de Paris.



TOME III.

PARIS.

CHEZ GUILLAUMIN, LIBRAIRE,

RUE RICHELIEU, 14,

Éditeur du Dictionnaire du Commerce et des Marchandises, du Journal des Économistes, de la *Collection des principaux Économistes*, etc., etc.

1845.

Digitized by Google

LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS AVEC

LE DROIT DES GENS ET LE DROIT CIVIL.

LIVRE III.

DU DROIT CIVIL DANS SES RAPPORTS AVEC LA PERSONNE DES COMMERÇANTS.

SOMMAIRE. — 1. Sujet du livre III. — 2. Sa division.

1. Nous avons vu jusqu'à présent ce que c'est que le commerce, et quelles lois le régissent; nous avons vu comment le droit des gens règle, soit en temps de paix, soit en temps de guerre, les rapports commerciaux des nations; et comment le droit international privé règle les rapports commerciaux des individus appartenant à des nationalités diverses; enfin nous avons jeté un coup-d'œil rapide sur les lois qui restreignent ou qui protègent la liberté du commerce et de l'industrie.

De ces notions premières, qui embrassent le commerce dans toutes ses conditions, indiquent les lois générales auxquelles il est soumis, et qui en constituent en quelque sorte le droit public, nous allons descendre à des notions plus particulières, mais non moins intéressantes, sur les lois spéciales qui en règlent l'exercice, et en constituent le droit privé.

A dater de ce moment nous entrons, pour n'en plus sortir, dans le droit civil, et dans l'examen de ses rapports avec le droit commercial.

Les personnes, les biens, les contrats, tels sont les trois objets principaux des lois civiles. On peut trouver une division plus scientifique : il n'en est pas de plus claire; et comme elle a été adoptée par le législateur lui-même, nulle ne se prête mieux aux développements qui doivent trouver leur point d'appui dans la loi. Cette division des lois civiles proprement dites, peut s'appliquer également aux lois commerciales, puisqu'il y a des commerçants, des choses qui font l'objet du commerce, et des contrats au moyen desquels se fait le commerce.

2. Dans le présent Livre je m'occuperai des commerçants et des lois civiles auxquelles ils sont soumis, d'abord en tant que citoyens, et comme exerçant la profession commerciale; je traiterai ensuite des diverses sortes d'incapacités qui atteignent les individus, relativement au commerce; enfin je terminerai par l'exposé des règles particulières aux héritiers et aux conjoints des commerçants.

TITRE I.

DES COMMERÇANTS EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE I.

QUI EST COMMERÇANT. — QUAND LES COMMERÇANTS SONT-ILS RÉPUTÉS FAIRE ACTE DE COMMERCE.

SOMMAIRE. — 3. Qui est commerçant. — 4. Pouvoir discrétionnaire des tribunaux en cette matière. — 5. Faits caractéristiques de la profession commer-

ciale. — 6. Qualification commerciale prise ou acceptée. Distinctions. — 7. Celui qui fait le commerce pour le compte exclusif d'un tiers n'est pas commerçant. — 8. Mais celui pour le compte duquel le commerce est fait, est commerçant. — 9. Les débitants de poudre et de tabac sont-ils commerçants? — 10. *Quid?* des bouchers et des boulangers. — 11... Des agents de change et des courtiers de commerce. — 12.... Des comptables de deniers publics. — 13. Les banquiers sont commerçants. — 14. *Quid?* de ceux qui ont pour habitude de prêter de l'argent. — 15. Celui qui fait un commerce illicite peut-il être réputé commerçant? — 16. Application des règles qui précèdent, à l'industrie manufacturière et à l'industrie agricole. — 17. Quand les actes des commerçants sont-ils présumés fait pour leur commerce? — 18. *Quid?* des actes des comptables des deniers publics. — 19. De l'achat par un commerçant des fournitures nécessaires à sa famille, ou à ses ouvriers. — 20. De l'achat des outils par un artisan, et de l'achat de certains accessoires de l'industrie commerciale ou de l'industrie manufacturière. — 21. Des actes et des dépenses qui ont pour objet des immeubles. Vente, achat, décoration des boutiques et magasins. — 22. De l'achat d'un fond de commerce. Renvoi. — 23. Transition.

3. J'ai défini le commerce, une spéculation où l'on achète afin de revendre, et où l'on vend ce que l'on a acheté pour le revendre; ou bien encore, où l'on fait les actes nécessaires soit pour arriver à l'achat et à la revente, soit pour les compléter (1). Or, comme le commerçant est celui qui fait le commerce, il semble qu'on doive naturellement en conclure que celui qui achète afin de revendre, ou qui vend ce qu'il a acheté pour le revendre, ou qui fait des actes accessoires ou équivalents, est commerçant. Cependant, cette conclusion ne serait pas parfaitement juste. Celui qui achète pour revendre, ou qui revend ce qu'il a acheté pour le revendre, fait sans doute acte de commerce; mais il ne suffit pas de faire acte de commerce pour être commerçant. Être commerçant, c'est exercer une profession, c'est par conséquent faire une suite d'actes de la même nature, dont l'ensemble constitue une habitude, qui à son tour constitue la profession. Les commerçants sont donc ceux qui font du commerce leur profession

(1) Tome I, n. 3.

habituelle (1). *Quem esse mercatorem demonstrat pluralitas negotiorum*, dit la rote de Gênes (2). *Una mercantia*, dit Balde (3), *non facit mercatorem, sed professio et exercitium.*

4. On comprend au surplus qu'en cas de contestation, c'est aux tribunaux à déterminer d'après les faits et les circonstances, et d'après le nombre des actes, si celui à qui est attribuée la qualité de commerçant, ou qui la revendique, a réellement cette qualité (4).

5. Il est d'ailleurs certains faits qui font présumer par eux-mêmes la qualité de commerçant et qui rendent inutile toute recherche ultérieure du nombre et de la nature des actes caractéristiques de cette profession. Telle est l'ouverture d'un magasin, l'apposition d'enseignes, d'affiches; telle est encore l'autorisation obtenue pour un commerce soumis à la formalité de l'autorisation préalable, le payement de patentes ou autres impôts spéciaux auxquels les commerçants sont soumis. Telle est également la qualification de commerçant prise dans des actes ou contrats (5). *Ex unico actu mercatorem non censeri temperandum est*, dit Straccha (6), *nisi unicum actum præcederet professio, seu descriptio in albo, et ut vulgò dicitur, in matriculâ mercatorum.*

6. Cependant il est à remarquer sur ce point, que si celui qui a pris publiquement la qualité de commerçant, ou qui l'a publiquement acceptée, ne peut plus la répudier pour se soustraire aux charges qui en sont la conséquence, ni par suite

---

(1) Cod. com., art. 1.
(2) Décis. 57, n. 15.
(3) *De constituto*, n. 8.
(4) Cass., 28 mai 1828 (S. 28, 1, 269; Dall., 28, 1, 302).
(5) Paris, 11 germ. an XI. (Devill. et Car., 1, 2, 126; Dall., 2, 710).
(6) *De mercaturâ*, part. 1, n. 9 et suiv., p. 342.—Voy. aussi Balde, *ubi sup.*

être admis à prouver qu'il n'a pas fait d'actes de commerce, ceux contre lesquels il cherche à se prévaloir de cette qualité, n'en sont pas moins recevables à la lui contester, et à prouver qu'en réalité il n'est pas commerçant. C'est ce qu'on peut conclure des paroles de Straccha qui, après avoir dit, comme on vient de le voir, qu'on doit réputer commerçant celui qui se qualifie ou qui se fait immatriculer comme tel, ajoute que celui qui n'a en sa faveur que cette qualification ou cette immatricule, et qui ne fait pas d'ailleurs des actes de commerce, ne peut prétendre aux privilèges et aux immunités des commerçants. *Hæc sententia intelligenda est ut ei qui in albo mercatorum descriptus est nudum mercatoris nomen consequatur; eo enim solo immunitatibus et privilegiis mercatoribus concessis non fruitur; necesse est enim mercaturæ officium exerceat, ut immunitatibus gaudeat* (1). Cette distinction est parfaitement juste. Celui qui prend publiquement la qualité de commerçant dans ses rapports avec les tiers ne peut, lorsqu'il s'agit d'exécuter les obligations qu'il a contractées, être reçu à prétendre qu'il n'est pas commerçant, pour se dégager des conséquences plus onéreuses des obligations commerciales, parce qu'il ne peut changer au préjudice des tiers la position qu'il s'est faite à lui-même. Par la même raison il ne peut se prévaloir de cette position contre les tiers, parce que sa fraude ne peut dans aucun cas leur préjudicier. Et pour éclairer ce point par un exemple, celui qui aura pris la qualité de commerçant pourra être traduit par les tiers non commerçants devant la juridiction commerciale, tandis qu'il ne pourra demander à être renvoyé devant cette juridiction, si ceux qui l'ont assigné devant la juridiction ordinaire prouvent qu'il ne fait pas habituellement des actes de commerce.

---

(1) *Ubi sup.*

Observons d'ailleurs qu'on ne doit pas légèrement admettre la présomption qui attribue la qualité de commerçant à un individu sans constatation préalable de ses habitudes commerciales. Il faut un fait positif de la part de celui à qui on l'oppose : il ne suffirait pas d'un fait négatif. C'est donc avec raison qu'il a été jugé par la Cour supérieure de Bruxelles, le 28 janvier 1832 [1], que dans un procès, la qualification de commerçant donnée à l'une des parties par les actes de la procédure faits à la requête de l'autre, n'emporte pas nécessairement une reconnaissance de cette qualité qui la rende non recevable à la dénier ensuite.

Il a été également jugé, il est vrai, que celui qui a été qualifié négociant par son adversaire, soit en première instance, soit en appel, et qui comme tel a été traduit, sans réclamation de sa part, devant la juridiction commerciale, ne peut proposer comme moyen de cassation l'incompétence de cette juridiction, fondée sur ce qu'il ne serait pas commerçant [2]. Mais ici il s'agissait moins du fond que de la forme, moins de la qualité que de la compétence. L'arrêt ne juge pas que celui à qui la qualité de commerçant avait été attribuée avait réellement cette qualité, mais seulement qu'il n'était plus recevable à proposer une exception d'incompétence fondée sur une qualité contraire.

7. Si l'habitude de faire des actes de commerce est nécessaire, en thèse générale, pour constituer le commerçant, cette habitude ne suffit pas toujours. Il faut encore que celui qui se livre à ces actes les ait fait pour se procurer des bénéfices personnels. *Mercator is est*, dit Straccha, *qui negotiationis exercendæ*, QUÆSTUSVE FACIENDI CAUSA, *merces*

---

[1] *Journ. de Bruxelles*, 1832, 1, 24.
[2] Cass., 7 mars 1821 (Devill. et Car., 6, 1, 392 ; Dall., 2, 710).

emit ut vendat (1). Ainsi, celui qui n'achète ni ne vend dans la vue d'un bénéfice personnel sur le prix de revente des choses achetées, ne peut pas être considéré comme commerçant, bien que les actes auxquels il s'est livré puissent en eux-mêmes être considérés comme des actes de commerce. C'est pourquoi le commis non intéressé, qui achète et vend pour le compte de son patron, ne peut être réputé commerçant (2).

8. Il suit de là que celui pour le compte et au nom duquel un tiers non commerçant, tel qu'un commis, fait des actes de commerce, est commerçant. Les anciens docteurs n'admettaient cette solution qu'avec réserve; ils distinguaient le cas où celui au nom duquel agit le commis faisait par lui-même quelques actes de commerce, et celui où il n'en faisait aucun. Dans le premier cas, ils lui reconnaissaient la qualité de commerçant; ils la lui refusaient dans le second. Straccha cite et approuve sur ce point l'opinion d'un grand nombre de docteurs et de glossateurs, notamment celle d'Alciat (3). *Apud Alciatum tractatum est*, dit-il, *an mercator sit dici que possit ille qui mercaturæ officium per se non exercet, sed institorum operâ, ac servorum utitur : et putat si nullo modo ipse negotium tractet, veriùs esse mercatorem non esse; sedsi et ipse aliquandò rationes excutiat, emitque et vendit, mercatorem esse non negat* (4). Mais je ne crois pas devoir admettre cette distiction. Celui au nom duquel un commis ou autre mandataire fait le commerce est commerçant, bien qu'il ne fasse personnellement aucun acte de commerce, parce que le fait du mandataire est réputé le fait du man-

(1) *De mercaturâ*, part. 1, n. 4.
(2) Voy. tome I, n. 15.
(3) *In lege merces*, ff., *De verb. signif.*
(4) *De mercaturâ*, p. 330, n. 66.

dant. Il en serait même ainsi dans le cas où le commis ou mandataire, au lieu d'agir au nom du commettant, tout en agissant dans l'intérêt de ce dernier, agirait en son propre nom. Alors le mandataire ou prête-nom serait sans doute présumé s'être soumis personnellement à garantir l'exécution du contrat vis-à-vis les tiers avec lesquels il aurait traité, sans leur donner connaissance de son mandat (1); mais le mandant pour le compte et dans l'intérêt duquel les actes ont été faits, ne devrait pas moins être considéré comme marchand, et obligé en cette qualité, conjointement avec son commis ou mandataire (2).

9. On peut assimiler à des mandataires qui ne font point acte de commerce en vendant pour le compte d'autrui, les débitants de tabac et les débitants de poudre. Ces débitants ne font aucune spéculation sur la vente de la marchandise; ce sont des employés ou des préposés du gouvernement, salariés au moyen d'une remise sur le prix du tabac et de la poudre qu'ils reçoivent de l'administration supérieure pour un prix déterminé, et qu'ils ne peuvent livrer aux consommateurs à un prix autre que celui qui est encore déterminé par la même administration (3).

Mais si ces débitants ne se bornent pas à vendre, les uns le tabac, les autres la poudre, et s'ils vendent de plus, ceux-là des pipes et des tabatières, ceux-là des ustensiles de chasse, ils peuvent, quant à ces derniers objets, sur l'achat et la

---

(1) *Cod. civ.*, art. 1997.

(2) *Si quis pecuniæ fœnerandæ, agro colendo, conducendis vendendis que frugibus præpositus est; ex eo nomine quod cum illo contractum est, in solidum fundi dominus obligabitur.* (Paul, sent. 11, 8, 2).

(3) Bruxelles, 6 mars 1813 (Devill. et Car., 4, 2, 268; Dall., 2, 704), et 3 mai 1813 (Devill. et Car.; *ibid*, p. 304; Dall., 2, 703).

revente desquels ils spéculent, être classés parmi les commerçants ([1]).

10. Quant aux bouchers et aux boulangers, bien que des règlements municipaux puissent déterminer le prix de revente de la viande ou du pain, ils n'en sont pas moins commerçants, parce qu'en achetant les bestiaux et la farine pour revendre de la viande ou du pain, ils spéculent sur le bénéfice que doit leur procurer la revente, et que si ce bénéfice dépend des règlements municipaux qui taxent la marchandise, il dépend aussi de leur industrie ([2]).

11. Il y a des mandataires publics et officiels du commerce, dont les fonctions constituent une véritable industrie, et qui dès-lors sont considérés comme commerçants : ce sont les agents de change et les courtiers; mais ce sont des commerçants d'une espèce particulière, puisqu'il leur est interdit de faire aucune opération commerciale en dehors de leurs fonctions ([3]).

12. De ce que l'habitude des actes de commerce n'imprime à celui qui les fait la qualité de commerçant que lorsqu'il se propose un bénéfice personnel, il faut en conclure qu'il en est de même lorsque cette habitude est la conséquence des fonctions publiques de celui qui fait ces actes. C'est ainsi que les comptables des deniers publics, obligés de tirer, d'accepter, d'endosser des lettres de change, d'être en rapport de compte courant avec des banquiers, de se livrer à des virements, à des négociations de change, pour opérer leurs payements, ne sont pas commerçants. Ces actes sont bien en eux-mêmes considérés comme actes de commerce, tellement

---

([1]) Voy. *Contrà*, les arrêts précités de la Cour de Bruxelles.
([2]) *Contrà*, Cass., 28 fév. 1811 (Devill. et Car., 3, 1, 300).
([3]) *Cod. Com.*, art. 85.

que les fonctionnaires qui les ont faits sont, quant à ces actes, justiciables des tribunaux consulaires (1); mais la qualification donnée à l'acte ne s'étend pas à la personne, ou, du moins, si les comptables peuvent être considérés comme négociants en ce qui touche l'exercice de leurs fonctions, et les actes qui s'y rattachent, cette qualification ne s'étend pas à leurs affaires personnelles, qui restent purement civiles (2). Nous verrons bientôt quel usage on doit faire de cette distinction (3).

13. Ce que nous venons de dire suppose que ceux qui font le commerce de l'argent, tels que les banquiers, sont commerçants (4). La question a été autrefois assez controversée (5); mais on a fini par reconnaître que ceux qui, comme les banquiers, ont l'habitude de prêter de l'argent, c'est-à-dire d'en louer l'usage, font un acte éminemment commercial en lui-même, indépendamment des actes accessoires, tels que lettres de change, billets à ordre, escomptes, qui sont la conséquence de l'acte principal, et dont le caractère commercial ne peut pas davantage être contesté.

14. Il n'est pas nécessaire de faire observer que la qualification commerciale ne peut être appliquée qu'à ceux qui prêtent de l'argent moyennant intérêt. Celui qui prête de l'argent sans intérêt et gratuitement ne peut, quelle que soit la fréquence des actes de cette nature, être considéré comme commerçant, parce qu'il ne fait qu'un contrat de bienfai-

---

(1) Code comm., art. 634.

(2) Savary, parère, 19, p. 165; M. Pardessus, *Cours de droit comm.*, n. 79.

(3) Voy. *inf.*, n. 18.

(4) Code comm., art. 632.—Voy. *inf.*, liv. 4, tit. 1, ch. 2.

(5) Voy. Straccha, *De mercaturâ*, p. 346, n. 40; Toubeau, *Inst. du droit consul.* t. I, pag. 277; Ansaldus, *Disc. gen. de com.*, n. 33.

sance [1], et qu'un contrat de bienfaisance n'est jamais réputé commercial.

15. On s'est demandé autrefois si celui qui fait un commerce illicite peut être réputé commerçant. Les théologiens se sont emparés de la question, et l'ont obscurcie loin de l'éclairer, en confondant le point de vue moral et le point de vue légal. Des jurisconsultes ont commis la même erreur, et Straccha, qui résume longuement leurs opinions [2], a beaucoup de peine à arriver à une conclusion qu'il enveloppe dans l'obscurité d'un amas de propositions et de distinctions, dont il est assez difficile de la dégager. Il me semble au surplus que la question ne peut être douteuse. Celui qui fait un commerce illicite est commerçant; l'abus qu'il fait du commerce n'en dénature pas l'usage. Ses actes pourront être annulés, mais n'en seront pas moins des actes de commerce. Le banquier qui perçoit des intérêts usuraires peut être condamné comme usurier; mais les actes qu'il a faits, change, escompte, intérêts, bien qu'infectés d'usure, n'en constituent pas moins des actes commerciaux. Celui qui fait le commerce de la contrebande, soit en qualité d'acheteur et de revendeur, soit en qualité d'assureur, peut sans doute être condamné comme contrebandier; mais comme dans un cas il fait profession d'acheter pour revendre, et que dans l'autre il tient un bureau ou une agence d'affaires, il doit être considéré comme commerçant. Il faut en effet distinguer le fait en lui-même de l'objet auquel il s'applique, et qui peut le faire considérer comme un fait illicite ou comme un délit. Si le fait en lui-même est commercial, il peut attribuer à son auteur la qualité de commerçant; si l'objet auquel le fait s'applique rend

---

(1) Code civ., 1105.
(2) *De mercaturâ*, p. 344, n. 28 et suiv.

le fait illicite, ce sera un cas de nullité ou même d'application d'une loi pénale; mais cette circonstance accessoire et secondaire ne saurait détruire l'effet principal de l'acte ou de l'ensemble des actes. *Illicitè et injustè mercaturam exercens, id est malus mercator*, dit Straccha [1], *non est propriè mercator, sed abusivè et æquivocè, sicut mala consequentia non est consequentia apud dialecticos*. Mais ce n'est là qu'un jeu de mots scolastique, et une équivoque qui repose sur une confusion entre les idées et les faits. Dans l'ordre des idées, il est vrai de dire qu'une mauvaise conséquence n'est pas une conséquence, parce qu'il n'y a d'autre conséquence que celle qui est vraie. Dans l'ordre des faits au contraire, un fait, quelle que soit d'ailleurs sa moralité, est toujours un fait.

16. Tout ce que nous venons de dire en décrivant le commerçant s'applique non-seulement aux faits qui se rattachent directement à l'industrie commerciale, mais aussi à ceux qui se rattachent à l'industrie manufacturière ou agricole, dans tous les cas où ces faits sont de nature à constituer des actes de commerce, suivant les règles qui ont déjà été tracées dans le tome Ier de cet ouvrage [2]. Il n'est donc pas nécessaire de revenir sur ces points divers, et d'expliquer comment le manufacturier est commerçant, ni comment l'agriculteur peut le devenir.

17. Jusqu'à présent nous avons recherché ce qui constitue le commerçant; et de cette recherche il est résulté qu'on peut faire des actes de commerce sans être commerçant, puisque celui-là seul est commerçant qui fait habituellement des actes de commerce. Mais il y a entre le non commerçant

---

(1) *De mercat.*, p. 343, n. 32.
(2) Tome I, n. 18 et suiv., 21 et suiv.

et le commerçant cette différence capitale, quant aux actes par eux faits, que c'est au tiers qui prétend qu'un non commerçant a fait acte de commerce à prouver que l'acte a un but et un caractère commercial ([1]), tandis que c'est en général au commerçant qui prétend qu'un acte par lui fait n'est pas commercial, à le prouver. En d'autres termes, les actes faits par un non commerçant ne sont pas présumés commerciaux, tandis que toute obligation entre commerçants, négociants, marchands ou banquiers est, jusqu'à preuve contraire ([2]), réputée commerciale, tant qu'un but contraire n'y est pas exprimé ([3]). *Mutuum à mercatore mercatori factum præsumitur factum et versum in causam mercaturæ* ([4]). Il n'est même pas nécessaire qu'il y ait acte écrit de l'obligation ou du contrat pour qu'il soit réputé commercial ([5]), puisque l'écriture n'est pas nécessaire à la preuve des contrats commerciaux, et que son absence peut au contraire être considérée comme une preuve du caractère commercial de l'acte. Il en est de même des billets souscrits par un commerçant, qui sont censés faits pour son commerce ([6]).

18. Cette présomption s'applique également aux billets souscrits par les comptables de deniers publics : ils sont censés faits pour leur gestion, à moins qu'une autre cause n'y soit exprimée. Mais elle doit être restreinte aux billets par eux souscrits : les autres actes auxquels ils peuvent se

---

([1]) Sauf, bien entendu, les cas où cet acte est nécessairement commercial, par exemple lorsqu'il s'agit de lettres de change.

([2]) Cass., 20 janvier 1836, (Devill., 1836, 2, 494).

([3]) Code comm., art. 632.

([4]) Straccha, *De mercaturâ*, p. 485, n. 4.

([5]) Douai, 11 juillet 1821, (Devill. et Car., 6, 2, 447); Bourges, 29 mai 1824 (Devill. et Car., 7, 2, 373); Dall., 3, 337); *Contrà*, Poitiers, 22 mai 1829 (S. 29, 2, 194; Dall., 29, 2, 247).

([6]) Code comm., 638.

livrer sont au contraire présumés faits pour leurs affaires personnelles.

19. Quant aux commerçants, les présomptions dont il vient d'être question cessent lorsque la cause exprimée ou la cause réelle, quoique non exprimée dans l'acte, est par sa nature tout-à-fait étrangère au commerce.

Ainsi, les engagements pris par un commerçant pour payement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier n'ont aucun caractère commercial ([1]). Mais cette solution ne s'applique qu'aux fournitures nécessaires au commerçant ou à sa famille. On ne pourrait l'étendre aux fournitures qu'il achète pour l'entretien de ses ouvriers et de ses commis ou pour la nourriture de ses chevaux, puisque ces dépenses se rattachent à son commerce et sont le complément de la spéculation qui les rend nécessaires ([2]).

20. Il suit de là qu'on ne peut classer parmi les choses destinées à l'usage du commerçant et dont l'achat n'a rien de commercial, celles qui sont nécessaires à l'exercice de son commerce ou de son industrie, quoiqu'elles n'en fassent pas l'objet. Cette solution s'applique aux outils ou aux instruments achetés par un artisan ou un manufacturier, aux combustibles employés dans une manufacture, aux vases ou aux enveloppes destinés à contenir des marchandises.

Dans un précédent ouvrage, j'avais pensé que l'achat de ces choses n'avait rien de commercial ([3]), et que ne faisant pas l'objet du commerce ou de l'industrie de l'acheteur, elles

---

([1]) Code comm., 638.

([2]) Lyon, 26 janvier 1858 (Dev., 59, 2, 92); Limoges, 22 fév. 1859 (Dev., 40, 2, 57); Cass., 29 nov. 1842 (Dev., 43, 1, 85); *Contrà*, Limoges, 2 mars 1857 (Dev. 59, 2, 141).

([3]) Dans le *Dictionn. du contentieux comm.*, v° *Acte de commerce*, n. 18.

ne pouvaient être assimilées aux choses directement employées dans ce commerce. Quoique cette manière de voir ait pour elle l'opinion de plusieurs auteurs (1), un nouvel examen de la difficulté me détermine à l'abandonner et à reconnaître dans les faits ci-dessus énumérés comme exemple, un caractère exclusivement commercial.

Il me semble en effet que n'attribuer le caractère commercial qu'à l'achat des choses qui font l'objet direct du commerce ou de l'industrie de celui qui les achète, c'est méconnaître la spéculation accessoire qui s'exerce sur les choses sans lesquelles ne pourraient avoir lieu ce commerce ou cette industrie; car il n'est pas douteux, d'une part, que dans le prix de revente des choses qui font l'objet principal du commerce ou de l'industrie, figure, comme élément, le prix des choses accessoires achetées pour préparer, pour faciliter cette revente et même pour la rendre possible; et que, d'une autre part, dans le prix de ces accessoires figure également le profit naturel ou l'intérêt commercial du capital employé primitivement à en faire l'achat. En matière commerciale, aucun contrat n'est présumé gratuit. On ne doit donc pas présumer que le commerçant ou l'industriel fasse gratuitement l'avance

---

(1) Carré, *Compét. civ.*, n. 491; M. Locré, *Esp. cod. com.*, t. VIII, p. 276. Il y a aussi des arrêts dans ce sens. V. Bruxelles, 28 nov. 1817 (Dev. et Car., *Coll. nouv.*, vol, V, 2, 76). Il s'agissait, dans cet arrêt, de la houille achetée par un serrurier pour l'usage de sa forge. — Le contraire a été jugé par la cour de Rennes, le 20 juill. 1814 (*Ibid.* vol. IV, 2, 599), relativement au bois acheté par un boulanger pour la cuisson de son pain. La Cour de Rennes a vu dans cet achat une acte commercial. — M. Pardessus se prononce dans le premier sens au n. 19 de son *Cours de droit comm.*, relativement à l'achat d'outils par un ouvrier, et dans le second sens, au n. 17 du même ouvrage, relativement au combustible acheté par un manufacturier. — M. Orillard, *Compét. des tribunaux de commerce*, n. 257 et suiv., a suivi les variations de M. Pardessus.

de tout ou partie de son capital. L'artisan (1) et le manufacturier doivent trouver dans le prix des objets qu'ils ont fabriqués, le loyer commercial de leurs outils et de leurs machines; ils doivent aussi trouver dans ce prix la représentation avec bénéfice du capital employé à l'achat du combustible, des vases, des enveloppes. N'est-il pas manifeste que l'épicier qui achète du papier à deux sous la livre, et qui le revend en détail avec sa marchandise dans le poids de laquelle le papier figure comme enveloppe, et au prix de cette marchandise, fait une spéculation dans laquelle il peut décupler le capital employé à l'achat du papier? L'achat de ces accessoires est donc commercial au même titre que l'achat des matières premières par un manufacturier, et que l'achat des marchandises par un commerçant. Jamais cette maxime vulgaire que l'accessoire suit le principal, n'a reçu une application plus juste et plus rationnelle.

21. Parmi les actes qui bien que faits par les commerçants n'ont cependant aucun caractère commercial, il faut classer tous ceux qui ont pour objet la vente ou la location d'immeubles, encore bien que ces immeubles aient une destination commerciale. Nous reviendrons sur ce point dans le Livre suivant : ici nous nous bornons à poser le principe, en ayant soin de faire remarquer que si l'achat et la location d'un immeuble, par exemple d'une boutique ou d'un magasin, ne constituent pas un acte de commerce, il en est autrement des dépenses faites pour approprier le local au commerce qui doit y être fait, pour l'embellir (2) et l'éclairer (3). L'achat et

---

(1) Je parle ici de l'artisan qui est à la fois commerçant. Voy. t. I, n. 19.

(2) Bourges, 15 fév. 1842 (Dev., 42, 2, 21).

(3) Rouen, 9 décembre 1836 (Dev., 39, 2, 300).—*Contrà*, Rouen, 6 août 1822 (Dall., 26, 2, 146).

la location de magasins ont un caractère purement civil, parce que ce sont des contrats qu'on peut appeler *immobiliers;* et nous verrons plus tard que les immeubles ne peuvent faire l'objet d'un commerce proprement dit. Les travaux d'embellissement, au contraire, les dépenses d'éclairage, bien que s'appliquant à l'immeuble, n'en ont pas moins, considérés en eux-mêmes, un objet purement mobilier; et comme il n'est pas douteux que le loyer du capital employé à l'embellissement et à l'éclairage d'un magasin, s'ajoute au prix des marchandises qui y sont vendues, et devient ainsi un objet de spéculation en même temps qu'un moyen de pousser à la vente des marchandises, il n'est pas douteux non plus que les dépenses faites pour arriver à ce résultat sont commerciales, au même titre que l'achat des outils, des ustensiles, des vases et des enveloppes.

22. Ici pourrait se placer la question de savoir si l'achat d'un fonds de commerce est un acte commercial; mais elle sera plus opportunément examinée dans le Livre suivant.

23. Je passe maintenant à quelques explications sur les personnes qui peuvent ou ne peuvent pas faire le commerce.

—

CHAPITRE II.

QUI PEUT ÊTRE COMMERÇANT.

SOMMAIRE. — 24. En principe tout le monde peut faire le commerce. — 25. Différentes sortes d'incapacités ou d'incompatibilités. — 26. Incapacités proprement dites. Renvoi. — 27. Noblesse. — 28. État ecclésiastique. — 29. Magistrats; avocats; fonctionnaires. — 30. Consuls. — 31. Agents de change; courtiers. — 32. L'incompatibilité n'est pas une cause de nullité des actes commerciaux.

24. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ouvre à tous l'accès des professions industrielles et

commerciales, à la charge de se conformer aux lois réelles ou personnelles qui régissent chaque espèce de commerce ou d'industrie. Cette charge est une restriction naturelle, ou plutôt une application du principe de liberté qui sert de base à notre organisation sociale et industrielle, et elle ne devient contraire à ce principe que lorsqu'elle dépasse une certaine limite. Nous avons déjà expliqué dans le tome II de cet ouvrage en quoi consistent ces restrictions ([1]).

25. Outre ces restrictions qui sont des conditions d'exercice, il y en a d'autres qui constituent principalement des défenses d'exercer, mais qui, tenant à l'incapacité absolue ou relative de la personne, ont moins pour but et pour résultat de gêner la liberté que d'assurer l'effet des transactions commerciales, en donnant la sanction de la loi à certaines incapacités naturelles, ou d'obéir à des nécessités sociales, en respectant des incompatibilités de position.

De ces incapacités, les unes sont légales, c'est-à-dire fondées sur la loi; et ce sont là les seules incapacités proprement dites : telles est l'incapacité du mineur, de l'interdit, de la femme mariée, du failli. Les autres sont uniquement fondées sur les convenances.

26. Nous entrerons bientôt dans le détail des conséquences des incapacités légales ou proprement dites, et dans l'examen des moyens propres à les faire cesser. Ici, j'ai pour but, de m'occuper, non des incapacités résultant d'une absence de qualité ou de pouvoir; mais des incompatibilités résultant de la présence d'une qualité qui exclut à un degré plus ou moins éminent le concours de la profession commerciale.

27. La plus remarquable de ces incompatibilités était

([1]) Voy. t. II, n. 370 et suiv.

celle qui, autrefois interdisait le commerce aux gentilshommes. Les lois avaient sur ce point consacré l'usage ou obéi au préjugé(1). Une constitution des empereurs Honorius et Théodose, défend le commerce aux nobles, aux personnes élevées en dignité, et même aux riches : *Nobiliores natalibus, et honorum luce conspicuos, et patrimonio ditiores perniciosum urbibus mercimonium exercere prohibimus ;* par cette singulière raison qui témoigne du triste état économique de la société romaine, que l'intervention des riches et des puissants dans les relations commerciales pouvait gêner les rapports des marchands et du peuple : *ut inter plebeios et negotiatores facilius sit emendi vendendique commercium.* De telle sorte, que pour échapper aux exigences ou aux vexations des nobles et des riches, il fallait se priver des capitaux qu'ils auraient pu verser dans le commerce.

Une autre constitution de Justinien, défendait aux négociants d'embrasser le métier des armes, et réciproquement, à ceux qui l'avaient embrassé, de faire le commerce (2); mais par des raisons politiques, et pour que ceux qui faisaient partie de l'armée, fussent prêts à marcher à l'ennemi, et ne fussent pas retenus loin de leurs drapeaux par leurs affaires particulières (3).

Ce qui, sous la législation romaine, était défendu aux nobles, par des raisons économiques, leur fut défendu plus tard par des motifs tout différents. Après les invasions qui démembrèrent l'empire romain, l'orgueil nobiliaire fut une des conséquences de la conquête. Au conquérant l'épée, au vaincu le travail (4). Les habitudes commerciales ne pou-

---

(1) L. 3, au *Code de commerciis et mercatoribus.*
(2) L. unic., au code *Negociatores ne militent.*
(3) Voy. Perezius sur cette loi.
(4) *Mercator negotiandi causâ per provinciam pertransiens*, *gla-*

vaient s'accorder avec les habitudes seigneuriales des nobles qui, retirés dans leurs châteaux, vivaient du produit de leurs terres et des taxes qu'ils prélevaient sur leurs vassaux. Le commerce fut dès-lors le partage exclusif des habitants des villes. Ce qui d'abord avait été la conséquence nécessaire de la constitution politique de la société féodale, continua de subsister par la force de l'habitude ou du préjugé, même après que les liens féodaux se furent relâchés. On en vint au point de se demander si les marchands pouvaient être classés parmi les personnes honorables, *inter honoratas personas* (1); et Loyseau (2), tout en leur accordant cette qualification, se croit obligé d'invoquer l'autorité d'Aristote et de Cicéron qui, comme on sait, faisaient cependant peu de cas du commerce et des commerçants. Il les rejette d'ailleurs au dernier rang. « Les marchands, dit-il, sont les derniers du peuple qui portent qualité d'honneur, étant qualifiés *honorables hommes, honnêtes personnes et bourgeois des villes.* »

Au surplus, les nobles s'interdisaient le commerce plutôt qu'il ne leur était interdit; le commerce en gros et celui de mer leur étaient spécialement permis, particulièrement par les édits de 1669 et 1701 (3). Ils pouvaient aussi faire le commerce sous le nom d'un tiers, et par commission (4); ce qui donna naissance à la société en commandite. Le commerce de détail seul les faisait déroger; mais cette déroga-

---

dium suum sellæ suæ alligat, vel super vehiculum ponat, non ut quem lædat innocentem, sed ut a prædone se defendat. Lib. 2, tit. 27, *feudorum*, § 3.

(1) Straccha, *De mercaturâ*, p. 354, n. 17.

(2) *Des Ordres*, p. 51, n. 45 et suiv.

(3) Ansaldus, *Disc. gen. com.*, n. 73 et 74.

(4) Tiraqueau, *De mobil.*, cap. 27, n. 7 et 35; le card. de Luca, *De præeminentiâ*, disc. 32, n. 15.

tion même n'était que temporaire; et si, tant qu'ils faisaient le commerce, ils pouvaient être privés de certains privilèges, ils les recouvraient quand ils cessaient de le faire : *in pleris que locis*, dit Ansaldus (1), *imo et de jure, mercatura potius temporaliter mortificat quam pœnitus extinguit nobilitatem; ideoque eadem nobilitas cessatâ mercaturâ potius à somno quam à morte excitatur.*

Du reste, quoique l'usage ou le préjugé qui éloignait les nobles du commerce, fût à peu près général, il y avait cependant quelques contrées qui avaient su se soustraire à son empire. Telles étaient notamment les républiques italiennes. Dans ces cités, qui avaient pacifiquement conquis tant de puissance et tant de richesses par le commerce et le travail, les attributs de la noblesse n'étaient pas ceux de la guerre, mais ceux du commerce et de la paix (2).

Aujourd'hui, la liberté du commerce et de l'industrie ouvre aux nobles comme à tous les autres citoyens la carrière commerciale, et il n'y a plus aucun préjugé qui la leur ferme.

28. Nos anciennes lois françaises (3), d'accord en ce point avec les canons de l'Église (4), défendaient le commerce aux ecclésiastiques, qui doivent éviter toute occasion de péché, *et hanc occasionem inseparabilem habet mercatura*, dit Scaccia (5). Aussi saint Jérôme recommandait de fuir

---

(1) N. 84.

(2) Ansaldus, *ibid.*, n. 73 et suiv.; Scaccia, *De commerciis*, § 1, quæst. 7, part. 3, limit. 17, n. 22; Roccus, *De societ. mercat.*, note 64, n. 133 et suiv.

(3) Édit de 1707; arrêt du conseil des 12 juillet 1721 et 28 juin 1733; arrêt du Parlement de Paris du 4 août 1743. Voy. Bouchel, *Biblioth. canonique*, t. I, p. 44.

(4) *Nemo militans deo implicat se negotiis secularibus.*

(5) *Ubi sup.*, n. 23.

BIBLIOTHÈQUE ROYALE

comme la peste un clerc qui faisait le commerce : *negotiatorem clericum quasi quamdem pestem fuge* (1).

Aujourd'hui, les prohibitions des canons subsistent toujours, et, dans l'ordre religieux et disciplinaire, défendent aux ecclésiastiques de faire le commerce; mais dans l'ordre civil, il n'y a plus de lois qui le leur interdisent. Il n'y a donc pas d'incompatibilité légale entre les fonctions sacerdotales et le commerce; c'est une incompatibilité de pure convenance.

29. Les convenances ou des réglements particuliers défendent aussi le commerce aux magistrats, aux avocats (2). Il y a certains commerces défendus à certains fonctionnaires. Tels sont les officiers ou administrateurs de la marine (3); les fonctionnaires ou agents du gouvernement auxquels il est interdit de prendre un intérêt aux adjudications, entreprises ou régies dont ils ont la direction, ou à l'affaire dont ils sont chargés de faire ordonnancer le payement (4); les commandants des divisions militaires, des départements, des places ou des villes; les préfets ou sous-préfets auxquels il est défendu, sous peine d'une amende ou de la confiscation, de faire le commerce des grains, grenailles, farines, vins ou boissons, autres que ceux provenant de leurs propriétés (5).

30. Nous avons déjà vu que les consuls en pays étranger ne peuvent être commerçants (6).

31. Enfin, il y a certaines fonctions, telles que celles d'agents de change et de courtiers, qui, bien qu'elles attribuent à ceux qui en sont revêtus la qualité de commerçant, leur

---

(1) Straccha, p. 369, n. 4.
(2) Ord 20 nov. 1822, art. 42. Édit de mars 1765.
(3) Ord. 31 oct. 1784, art. 9; arr. 2 prair. an XI.
(4) C. pén., art 175.
(5) C. pén., 176.
(6) Voy. t. I, n. 447.

interdisent néanmoins de se livrer à d'autres actes de commerce que ceux qui ressortent de la nature même de ces fonctions (1).

32. Il est d'ailleurs une remarque essentielle et qui s'applique à tous les cas d'incompatibilité qui précèdent; c'est que les personnes à qui le commerce est interdit et qui s'y livrent cependant, encourent seulement les peines prononcées par les règlements de leur ordre ou de leur profession. Mais leurs engagements commerciaux n'en sont pas moins valables, obligatoires pour elles-mêmes et opposables aux tiers. Il y a plus, comme l'incompatibilité, empêchement purement relatif, ne produit pas l'incapacité, ces engagements sont valables, non-seulement comme engagements civils, mais encore comme engagements commerciaux, de telle sorte qu'ils entraînent contre ceux qui les ont pris toutes les conséquences commerciales, telles que la contrainte par corps et la compétence exceptionnelle des tribunaux de commerce (2). *Clericus mercaturam exercens*, dit Straccha, *mercaturæ causâ coram consulibus conveniri potest; et idem juris est in militi mercatore* (3).

---

(1) Cod. com., art. 85. — Voy. *sup.*, n. 11.
(2) M. Pardessus, n. 76; M. E. Vincens, *législ. com.*, t. I, p. 142.
(3) *Quomodo in causis mercatorum procedendum sit*, p. 482, n. 17. — Voy. Toubeau, t. I, p. 291 et 314.

TITRE II.

DES COMMERÇANTS CONSIDÉRÉS COMME CITOYENS.

SOMMAIRE. — 33. Sujet du titre II. — 34. Division.

33. La loi civile saisit l'homme à sa naissance, le conduit pendant sa vie, et ne l'abandonne à sa mort que pour continuer sa personne dans ses représentants ou ses héritiers. Elle détermine sa nationalité, sa capacité, ses droits et ses devoirs comme citoyen [1], époux et père. Avant d'être commerçant, le commerçant est citoyen; et si en qualité de commerçant, il se trouve à certains égards dans une position plus ou moins exceptionnelle, il reste cependant soumis à l'empire des lois civiles qui règlent l'état et la capacité active et passive des citoyens.

34. Ici je me propose d'examiner les droits et les devoirs généraux qui résultent de la nationalité; de poser quelques principes sur le domicile qui se rattache à la nationalité, sans en être cependant la condition indispensable; et d'indiquer les règles spéciales au mariage des commerçants : ce qui placera dans un même cadre, auprès des notions générales relatives à la qualité de citoyen, les notions particulières relatives à l'acte le plus important de la vie civile.

Les règles spéciales à la capacité civile des citoyens, relativement au commerce, et les droits des conjoints et des héritiers des commerçants, feront l'objet d'un examen ultérieur.

---

[1] J'emploie ici le mot citoyen dans un sens plus général que l'article 7 du Code civil, qui distingue la qualité de citoyen de celle de Français. Je prends ce mot comme synonyme de Français, et comme exprimant la nationalité.

CHAPITRE I.

DE LA NATIONALITÉ. — COMMENT S'ACQUIERT, SE CONSERVE ET SE PERD LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

SOMMAIRE. — 35. De la nationalité. — 36. Qui est Français. — 37. Preuve de la nationalité. Actes de naissance. — 38. Comment s'acquiert la qualité de Français. De l'étrangère qui épouse un Français. De l'étranger qui épouse une Française. — 39. De la naturalisation. — 40. Comment se perd la qualité de Français. — 41. Des établissements faits en pays étrangers, et de l'esprit de retour. — 42 Les établissements de commerce sont toujours présumés faits avec esprit de retour. — 43. Le Français qui obtient en Angleterre des lettres de denization perd-il la qualité de Français? — 44. *Quid?* de celui qui, en Russie, est incorporé dans une Guilde. — 45.... De celui qui obtient des lettres de bourgeoisie à Hambourg. — 46. Comment se recouvre la qualité de Français. — 47. De la Française qui épouse un étranger. — 48. De la Française qui épouse un Français lequel plus tard devient étranger. — 49 Du mineur dont le père devient étranger. — 50. Le mineur ne peut changer sa nationalité. — 51. Du changement de nationalité par suite d'un démembrement du territoire.

35. En règle générale, l'exercice des droits civils est attaché à la nationalité. Le Français seul a de plein droit l'exercice des droits civils (1). L'étranger n'en jouit qu'exceptionnellement, en certain cas et suivant certaines conditions.

Nous avons déjà vu (2) comment l'étranger est admis à l'exercice des droits civils et en quoi consistent ces droits civils. Nous avons vu aussi que le commerce étant du droit des gens, il n'est pas nécessaire pour faire le commerce d'avoir l'exercice des droits civils, ni par conséquent d'être Français. Néanmoins, comme la qualité de Français peut être nécessaire pour l'accomplissement de certains actes, ou l'obtention de certaines fonctions accessoires aux opérations commerciales proprement dites, et que, d'un autre côté,

(1) C. civ., art. 8.
(2) Tom. II, n. 14.

l'exercice des opérations de commerce n'est pas sans influence sur la nationalité, nous allons examiner ici comment s'acquiert la qualité de Français, et comment elle se perd.

36. On est Français par droit de naissance, et on le devient par l'effet de la naturalisation.

Les individus nés, soit en France, soit en pays étranger, de parents Français, sont Français par droit de naissance (1).

Les individus nés en France, de parents inconnus, sont assimilés à ceux qui sont nés de parents Français.

Les enfants nés en France de parents étrangers, sont assimilés à ceux qui sont nés en France de parents Français ou inconnus, pourvu que dans l'année qui suit leur majorité ils réclament la qualité de Français; que, dans le cas où ils résident en France, ils déclarent que leur intention est d'y fixer leur domicile, et que dans le cas où ils résident en pays étranger, ils fassent leur soumission de fixer en France leur domicile, et qu'ils l'y établissent dans l'année, à compter de l'acte de soumission (2).

On doit encore leur assimiler les enfants nés en pays étranger d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, à la charge par eux de remplir les conditions imposées à celui qui est né en France d'un étranger (3).

37. La nationalité, soit qu'elle résulte du lieu de la naissance, soit qu'elle résulte de la filiation, s'établit par l'acte de naissance.

En France, les actes de naissance, comme tous les autres actes de l'état civil, sont reçus par les maires et adjoints qui sont les officiers de l'état civil.

---

(1) C. civ., art. 10.
(2) C. civ., art. 9.
(3) C. civ., art. 10.

En pays étrangers, ces actes, lorsqu'ils concernent les Français, peuvent être reçus, concurremment avec les magistrats du pays, par les consuls ou les agents diplomatiques ([1]).

En mer, ces actes sont dressés par les capitaines des bâtiments auxquels la loi attribue, dans ce cas, les fonctions d'officiers de l'état civil ([2]).

38. Celui qui n'est pas Français, soit par le sang, soit par le lieu de sa naissance, peut le devenir.

L'étrangère qui a épousé un Français suit la condition de son mari, et devient par conséquent Française ([3]). Cette qualité, acquise par le fait du mariage, ne peut plus lui être enlevée par la dissolution de ce même mariage ([4]).

Bien que ce soit la femme qui suive la condition du mari, et non le mari qui suive la condition de la femme, cependant un arrêté des consuls, du 14 fructidor an VIII, veut que les marins étrangers, résidant en France et naviguant sur les bâtiments de commerce français, soient assujétis à servir sur les vaisseaux de l'État, s'ils ont épousé une Française. Il semble résulter de là que, dans ce cas, ce n'est plus la femme qui suit la patrie du mari, et que c'est au contraire la femme qui lui donne la sienne. Mais c'est plutôt une apparence qu'une réalité. Ces marins sont considérés comme marins français, mais non comme citoyens français, c'est-à-dire que, traités comme Français en tout ce qui regarde l'inscription maritime, ils sont étrangers sous tous les autres rapports ([5]).

39. On devient Français par la naturalisation. La natura-

([1]) C. civ., art. 47 et 48; ord. 23 oct. 1833.
([2]) C. civ., art. 59 et suiv.
([3]) C. civ., art. 12.
([4]) M. Zachariæ, *Droit civ. français*, t. I, p. 158, § 73.
([5]) M. Beaussant, *Code maritime*, t. I, p. 47.

lisation résulte de lettres octroyées par le roi à l'étranger qui, après avoir atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, a obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, et qui y a résidé de fait pendant dix années, à compter de cette autorisation [1], à moins que ce délai de dix ans n'ait été réduit à une année en faveur de l'étranger qui aurait rendu à l'État des services importants, qui aurait apporté dans son sein des talents, des inventions ou une industrie utile, ou qui y aurait formé de grands établissements [2].

Il y a des exemples de naturalisation accordée en masse. C'est ainsi que Charles IX, par lettres-patentes en date du 13 mars 1567, naturalisa tous les étrangers habitant Calais, pourvu qu'ils ne fussent point Anglais [3].

Les habitants d'un pays réuni à la France deviennent Français par le seul fait de cette réunion.

Aux termes d'une ordonnance du mois d'avril 1687, les marins étrangers qui avaient servi pendant cinq ans la France cessaient d'être aubains ou étrangers, pourvu toutefois qu'ils fussent catholiques. Mais les lois nouvelles qui déterminent les conditions et la forme de la naturalisation ont nécessairement abrogé l'ancienne disposition de cette ordonnance.

40. De même que la qualité de Français peut s'acquérir, de même aussi elle peut se perdre.

Elle se perd par la naturalisation du Français en pays étranger : *Civilitas plurium locorum est incompatibilis*, dit très bien Ansaldus [4];

---

(1) Const. du 22 frim. an VIII, art. 3 ; décr. du 17 mars 1809 ; avis du Cons. d'Ét. des 18-20 prairial an XI.

(2) Senatus-consulte du 26 vendém. an XI. — Voy. t. II, n. 15.

(3) Bacquet, *Droit d'aubaine*, ch. VIII, n. 15.

(4) *Discursus legales de commercio*, disc. 10, n. 24. — C.civ., art. 17.

Par l'acceptation non autorisée par le roi de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger (1);

Par l'acceptation non autorisée par le roi du service militaire chez l'étranger (2), ou par l'affiliation à une corporation militaire étrangère (3);

Par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour (4);

Enfin, par un démembrement du territoire qui fait passer les individus qui l'habitent sous l'empire d'une souveraineté étrangère.

Il faut remarquer, en ce qui touche la perte de la qualité de Français par l'acceptation non autorisée par le roi de fonctions publiques ou du service militaire en pays étranger, qu'on ne doit pas assimiler à cette acceptation le service pris en temps de paix par des marins français sur des navires de commerce étrangers. Ils sont seulement passibles des peines prononcées par une ordonnance du 31 octobre 1784, et qui consistent en quinze jours de prison et deux ans de service extraordinaire à demi-paye; peines qui sont réduites à huit jours de prison et six mois de campagne pour ceux qui reviennent dans les six mois, à dater de leur départ (5). Les anciennes ordonnances, infiniment plus sévères, punissaient de mort ou des galères à perpétuité les marins français qui *s'habituaient* en pays étranger.

Quant aux Français qui, sans prendre du service dans la marine militaire de l'étranger, prennent sans autorisation du service sur des bâtiments étrangers armés en course, ils peu-

---

(1) C. civ., art. 17.
(2) C. civ., *ibid.*
(3) C. civ., art. 21.
(4) C. civ. art. 17.
(5) M. Beaussant, *Code marit.*, t. I. p. 45.

vent être condamnés comme pirates [1]; mais je ne crois pas qu'ils perdent la qualité de Français. La course n'est pas un service public, ce n'est qu'une industrie privée.

41. Nous venons de voir que la qualité de Français se perd par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour. Celui qui s'établit en pays étranger avec l'intention d'abandonner sa patrie et d'adopter une patrie nouvelle, sans esprit de retour, perd tous les droits de nationalité auxquels il pouvait prétendre. Mais les liens qui rattachent l'homme à sa patrie sont si forts et si naturels, qu'on ne présume jamais l'intention de la rompre [2]. Il faut donc prouver contre celui auquel on oppose un établissement en pays étranger, qu'il s'y est établi sans esprit de retour, ou qu'il s'y est *habitué*, comme dit Bacquet [3].

Aux termes de l'article 1er d'une ordonnance sur les consulats, du 18 novembre 1833, les Français résidant en pays étranger doivent, pour justifier leur esprit de retour et jouir des droits et privilèges attachés à la qualité de Français, se faire inscrire sur un registre matricule ouvert à cet effet dans la chancellerie de chaque consulat. Néanmoins, je ne crois pas que l'omission par le Français résidant dans l'arrondissement d'un consulat de se faire inscrire sur ce registre, pût faire contre lui preuve complète de l'abandon de sa nationalité, ou d'un établissement sans esprit de retour. Seulement ce serait à lui à suppléer à la preuve légale dont il se serait volontairement privé par des preuves nouvelles, en l'absence desquelles il pourrait être considéré comme dénationalisé.

42. Au surplus, quand il s'agit d'un établissement de com-

---

(1) Loi du 10 av. 1825, art. 19.
(2) Casaregis, disc. 117, n. 2; Ansaldus, disc. 10, n. 14.
(3) *Droit d'aubaine*, ch. 37, n. 8 et suiv.

merce, la loi présume toujours l'esprit de retour. Les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour, dit l'article 17 du Code civil. Cette règle est fondée sur la nature des choses et sur les nécessités du commerce qui attire les commerçants là où la fortune paraît leur sourire (1), sans que jamais ils renoncent à leur patrie, dans laquelle leur espoir est de revenir un jour jouir des produits de leur industrie (2). Le Code civil ne fait ici que traduire en règle ce qui était déjà admis par l'usage de tous les peuples commerçants : *Habitatio accidentaliter facta in aliquo loco*, dit Casaregis (3), *pro ibi exercendo mercaturam non sufficit ad acquirendum incolatum illius loci.* Cependant Casaregis (4), et avant lui Ansaldus (5), donnaient à cette règle une limite qu'elle ne pourrait plus recevoir aujourd'hui, et la restreignaient aux commerçants qui, en se transportant dans un lieu, n'y amenaient pas leur famille, et n'y avaient pas d'établissement fixe : *A quelle specie di mercanti, che se transferiscono in uno luogo, e senza la loro famiglia, e senza stabilimento di casa positiva; ma non gia rispetto à quelli che si transportano in un luogo e vi perseverano con tutti le premesse circostanze, senza haver beni nell' luogo dell' origine, ne alcuna altra participacione delli pesi, ò cariche della sua origine* (6). La généralité des termes de l'article 17 du Code civil embrasse tous les établissements de commerce, quelle que soit d'ailleurs leur importance et leur fixité.

---

(1) *Mercatores solent proficisci quò illos spes lucri invitat.* Casaregis, disc. 199, n. 7.

(2) Exposé des motifs du titre premier du Code civil, par M. Treilhard.

(3) Disc. 179, n. 13. — Voy. aussi Ansaldus, disc. 41, n. 20.

(4) *Loc. cit.*

(5) Disc. 10, n. 16 et 17.

(6) Ansaldus, *loc. cit.*

Il y a plus : pour former un établissement commercial, il faut souvent s'astreindre à l'observation de certaines lois locales, qui paraissent rattacher le Français à un gouvernement étranger, bien que le Français n'ait d'autre but que d'obtenir la protection dont il a besoin. Cette soumission aux lois locales ou aux conditions qu'elles imposent, n'empêche pas l'établissement de commerce d'être considéré comme fait avec esprit de retour. La loi française, en disposant que les établissements de commerce ne peuvent jamais être considérés comme faits sans esprit de retour, a dû permettre aux Français qui forment des établissements de cette nature en pays étranger, de se soumettre aux conditions prescrites par les lois locales, même à celles qui peuvent être contraires en apparence à l'esprit de retour (1).

Parcourons quelques exemples.

43. En Angleterre, l'étranger ne peut acquérir d'immeubles, ni même les prendre à loyer, ni établir une usine ou une manufacture, s'il n'a préalablement obtenu des lettres de denization. Ces lettres de *denization* qui, bien que distinctes de la naturalisation, soumettent cependant celui qui les obtient à la domination anglaise, et l'assimilent jusqu'à un certain point aux indigènes (2), peuvent-elles être considérées, de la part du commerçant français, à qui elles sont octroyées, comme un abandon de sa nationalité et contraires

---

(1) « Les Français, autres que les émigrés, disait le premier Consul au Conseil-d'État, lors de la discussion de l'art. 17, ne vivent chez l'étranger que pour pousser leur fortune : les actes par lesquels ils paraissent se rattacher à un autre gouvernement ne sont faits que pour obtenir une protection nécessaire à leurs projets. Il est dans leur intention de rentrer en France quand leur fortune sera achevée : faudra-t-il les repousser?.... » *Procès-verb.*, t. I, p. 43.

(2) Voy. t. II, n. 18. — M. Okey, *Droits des étrangers dans la Grande-Bretagne*, p. 80.

à la présomption d'esprit de retour que la loi établit en sa faveur?

Il y a ici deux choses à examiner : d'abord si la dénization peut être assimilée à une véritable naturalisation, d'où résulte la perte de la qualité de Français, par application de la première disposition de l'art. 17 du Code civil; ensuite, si cette dénization est exclusive de l'esprit de retour.

La première question s'était déjà présentée sous l'empire de l'ancienne législation, et un arrêt rendu par le parlement de Rouen le 8 août 1647, l'avait résolue en faveur du Français. « On trouva, dit Basnage, qui rapporte cet arrêt (1), que les lettres de dénization n'étaient pas de véritables lettres de naturalité, parce qu'elles n'avaient pas été passées au parlement d'Angleterre, formalité sans laquelle on ne peut devenir sujet anglais. » C'est d'après ce même principe que la question doit être résolue aujourd'hui. La naturalisation en pays étranger, ne fait perdre la qualité de Français, que parce qu'on ne peut être à la fois citoyen de deux États, ni avoir deux patries : *Duarum civitatum civis nemo esse potest* (2). Il faut donc, pour que cet effet soit produit, une naturalisation parfaite, c'est-à-dire qui assimile en tout le naturalisé aux indigènes de l'État qui l'adopte, et qui lui impose toutes les charges, en lui accordant tous les droits. Quant à la naturalisation incomplète, telle que la dénization, qui, tout en conférant certains droits et certains avantages généralement refusés aux étrangers, n'aurait cependant pas pour effet d'assimiler celui qui l'a obtenue aux naturels du pays dans tout ce qui dépend du droit civil, comme elle ne crée

(1) Sur l'art. 235 de la Coutume de Normandie.

(2) Grotius, *De jure belli ac pacis*. Lib. II, cap. 5, § 24; Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. VIII, ch. 11.

aucune incompatibilité entre la nationalité primitive et la position nouvelle qu'elle fait au Français, elle ne saurait lui faire perdre sa qualité originaire et naturelle. C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation, les 19 janvier 1819 (1) et 29 août 1822 (2) : « Attendu que, d'après les publicistes anglais, la naturalisation n'est acquise en Angleterre que par acte du parlement ; que la dénization qui ne s'y accorde que par simples lettres royales, n'y est considérée que comme une concession de certains droits et libertés interdits aux étrangers, qui commence la naturalisation, mais qui ne l'accomplit point ; d'où il suit qu'elle n'est pas suffisante pour opérer la perte de la qualité de Français et des droits inhérents, que les art. 8 et 17 du Code civil n'attachent qu'à la naturalisation acquise en pays étranger » (3).

Reste la seconde question, celle de savoir si la dénization est exclusive de l'esprit de retour ; et il me semble que, sur ce point encore, on ne doit pas hésiter à se prononcer pour la négative.

On l'a déjà vu, et le premier consul, gardien si sévère et si vigilant de la nationalité française, posait lui-même ce principe de liberté dans la discussion du Code civil, les actes par lesquels les commerçants français paraissent se rattacher à un gouvernement étranger, ne sont réputés faits que pour obtenir une protection nécessaire à leurs projets. Dès qu'ils obéissent à la nécessité, l'esprit de retour doit se présumer. Or, ce principe s'applique parfaitement à la dénization, sans laquelle l'étranger ne pourrait, en Angleterre, se livrer à tous les actes de la vie commerciale. Cependant, on a objecté dans une dissertation extraite du journal *la*

---

(1) Dev. et Car. 6, 1, 6.
(2) *Ibid*, 7, 1, 134.
(3) M. Zachariæ, *Dr. civ.* t. I, p. 327. M. Okey, *ubi sup.*

Thémis, et insérée dans l'ancien recueil de M. Sirey [1], que si, en principe, la dénization est indispensable à l'étranger qui veut fonder une maison de commerce, puisqu'il ne peut louer un logement sans être dénizé, il en est autrement suivant l'usage actuellement suivi, qui autorise toute personne à faire le commerce ainsi que les actes accessoires que cette profession rend nécessaires. Mais il n'en est pas moins vrai que cet usage est contraire aux anciens statuts, et que le Français qui, pour assurer sa position en Angleterre, et par un excès de précaution, se fera délivrer des lettres de dénization, dans un intérêt exclusivement commercial, ne fera rien de contraire à l'esprit de retour, ni rien qui implique de sa part l'abdication de sa nationalité d'origine.

On ne conteste pas, d'ailleurs, que la dénization ne soit nécessaire, même aujourd'hui, à l'étranger qui veut établir en Angleterre, une usine, une manufacture; mais on prétend que ce n'est pas là le genre d'établissement qu'a voulu favoriser l'art. 17 du Code civil; qu'il n'a pu entrer dans l'intention du législateur d'accorder une prime d'encouragement aux Français qui portent chez les nations rivales la connaissance de nos arts et de nos procédés; et que si le commerce est cosmopolite, l'industrie manufacturière est au contraire attaché au sol. Et l'on s'autorise même des art. 417 et 418 du Code pénal, qui punissent ceux qui, pour nuire à l'industrie française, ont livré ses secrets à l'étranger. Mais d'abord, la loi ne défend pas au Français d'exercer une industrie manufacturière en pays étranger, pourvu que ce ne soit pas dans l'intention de nuire à l'industrie française. Loin de le lui défendre, elle doit même l'y encourager, puisqu'en allant établir des manufactures en pays étranger, il peut y

---

[1] Tom. XXII, 2, 233.

acquérir la connaissance de procédés nouveaux, dont à son retour il enrichira son pays. Il n'y a donc rien à conclure des art. 417 et 418 du Code pénal. Et, comme d'un autre côté, l'art. 17 du Code civil, en parlant d'un établissement commercial, ne fait aucune restriction; que sa disposition est générale et embrasse tous les genres de commerce, il en résulte qu'elle présume l'esprit de retour, aussi bien lorsque le commerce fait par les Français en pays étranger a pour objet l'achat et la revente de marchandises, que lorsqu'il a pour objet leur fabrication (1).

Concluons de là, que le Français qui se fait dénizer en Angleterre n'est pas dénaturalisé et ne perd pas l'esprit de retour.

44. Autre exemple.

En Russie, nul étranger ne peut exercer le commerce s'il n'a pas prêté le serment de sujétion, et obtenu son incorporation dans une des trois guildes des marchands (2). Ce serment de sujétion, qui soumet l'étranger au gouvernement russe, dénationalise-t-il le Français qui le prête? Non, par deux raisons. La première, c'est que ce serment, bien qu'il ait pour objet exprimé *d'assurer à perpétuité la sujétion*, laisse cependant à l'étranger, qu'il semble rendre sujet russe, la faculté de cesser de l'être et de rentrer dans son pays (3); de telle sorte qu'il n'est pas exclusif de l'esprit de retour. La seconde, c'est que cette espèce de naturalisation n'est acceptée que dans la vue du commerce, auquel le Français ne pourrait se livrer sans l'accomplissement de cette

---

(1) M. Coin-Delisle, *Comm. analyt. du Code*, liv. I, tit. 1er, n. 11.

(2) Voy. M. Fœlix, *Revue étrangère*, t. II, p. 672, et t. III, n. 874. —V. aussi *sup.*, t. II, n. 17.

(3) Lois sur l'état des personnes, art. 929. — M. Fœlix, *ubi sup.*, t. II, p. 675, à la note.

condition préalable. C'est une exigence, une contrainte à laquelle il faut bien qu'il se soumette s'il veut commercer, et qui ne peut en conséquence produire plus d'effet que la dénization anglaise.

45. A Hambourg, nul étranger ne peut faire le commerce s'il n'est pourvu de lettres de bourgeoisie. Il y a deux sortes de bourgeoisie : la petite bourgeoisie, qui donne le droit de faire le commerce de détail; la grande bourgeoisie, par laquelle on obtient l'autorisation de trafiquer en grand, d'ouvrir des boutiques, de tenir des magasins, de posséder des immeubles en son propre nom, et de remplir les charges du gouvernement.

Il n'est pas douteux que les lettres de petite bourgeoisie ne peuvent naturaliser sujet hambourgeois celui qui les obtient : elles ne sont en réalité qu'une autorisation de faire le commerce de détail. Leur obtention est dès-lors la suite d'un établissement commercial qui ne peut être considéré comme fait sans esprit de retour, et est par conséquent compatible avec la conservation de la qualité de Français.

Quant aux lettres de grande bourgeoisie, il y a plus de difficulté, et le serment prêté par ceux qui les obtiennent semble impliquer autre chose qu'une simple autorisation de résider et de commercer. Voici la traduction de ce serment, qui depuis plusieurs siècles est conçu dans les mêmes termes et en mauvais allemand : « Je promets et jure devant Dieu tout puissant, d'être fidèle et favorable à cette ville, de chercher son bien et d'écarter le mal autant qu'il peut être en mon pouvoir; de ne rien entreprendre contre le sénat et cette ville, soit par paroles, soit par actions; et si j'apprends quelque chose qui soit préjudiciable au sénat et à la ville, d'en faire fidèlement le rapport. Je payerai et acquitterai également avec exacti-

tude et sans répugnance de ma part les impôts annuels, comme aussi l'impôt pour l'acquittement du tribut aux Turcs, les droits additionnels de douane, d'accise, de mouture, et enfin tous ceux qui seront arrêtés et votés par le vénérable sénat et la bourgeoisie. Qu'ainsi Dieu me soit en aide et sa sainte parole. »

La teneur de ce serment est d'autant plus remarquable, qu'à Hambourg il n'y a pas d'autre moyen d'obtenir une naturalisation proprement dite, et que la grande bourgeoisie et le serment qui la consacrent confèrent aux étrangers les mêmes droits et les mêmes obligations qu'aux individus nés à Hambourg.

Cependant, si l'on considère la facilité avec laquelle s'obtient à Hambourg le droit de bourgeoisie, il semble difficile d'y attacher la même importance qu'à une naturalisation complète. Une députation permanente du sénat est spécialement chargée de la réception des nouveaux bourgeois. Tout individu majeur, à quelque nation qu'il appartienne, pourvu qu'il soit chrétien et censé de bonne vie et mœurs, peut, en se faisant assister de deux bourgeois de la ville, obtenir après la formalité préalable du serment, le droit de bourgeoisie. Cette facilité s'explique par cette circonstance que l'État de Hambourg n'est à proprement parler qu'une société de gens d'origine très diverses et réunis dans un seul but, celui de faire le commerce. On comprend dès-lors comment, pour accroître la population de la ville, on est facile dans l'admission des nouveaux bourgeois, comment on leur accorde des droits fort étendus, et aussi comment, dans le but d'alléger les charges communes, on ne permet d'établissements commerciaux qu'à ceux qui ont obtenu des lettres de bourgeoisie.

Il me semble difficile dès-lors d'admettre que les lettres de grande bourgeoisie à Hambourg, et le serment qui en est

la condition, emportent une naturalisation complète, et dénationalisent celui qui les obtient. Elles n'ont qu'un but commercial; c'est un préalable auquel celui qui veut faire le commerce à Hambourg est tenu de se soumettre. Il obéit alors à une nécessité qui n'implique de sa part ni l'abandon de sa nationalité ni la perte de l'esprit de retour, tant que dans l'exercice des droits ou l'observation des devoirs que lui confèrent les lettres de bourgeoisie, il ne fait rien de contraire à ses obligations comme citoyen français. C'est au surplus en ce sens que la question a été résolue par une ordonnance rendue en conseil d'état le 18 novembre 1842 (1). Cette ordonnance décide que l'obtention par un Français du droit de grande bourgeoisie à Hambourg, ne suffit pas pour lui faire perdre la qualité de Français, et que dès-lors il demeure obligé au service de la garde nationale en France (2).

46. Dans tous les cas, le Français qui, de quelque manière que ce soit, a perdu la qualité de Français, peut toujours la recouvrer en rentrant en France, avec l'autorisation du roi, et en déclarant qu'il veut s'y fixer (3). Toutefois, lorsque la qualité de Français résulte du service militaire pris à l'étranger sans l'autorisation du roi, il ne peut rentrer en France qu'avec la permission du roi, et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger qui veut le devenir (4).

---

(1) Dev. et Car. 43, 2, 602.

(2) J'ai puisé les renseignements qui précèdent sur le droit de bourgeoisie à Hambourg dans les documents officiels qui m'ont été communiqués par M. Clérault, avocat à la Cour de cassation et aux Conseils du Roi, chargé, dans l'affaire dont était saisie le Conseil d'État, des intérêts du Français qui avait obtenu à Hambourg des lettres de grande bourgeoisie.

(3) C. civ., art. 18.

(4) C. civ., art. 21. — Voy. *sup.* n. 32.

47. Nous avons vu plus haut que l'étrangère qui épouse un Français suit la qualité de son mari et devient Française (1). Réciproquement, la femme Française qui épouse un étranger devient étrangère. Mais si elle devient veuve, elle peut recouvrer la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du roi, en déclarant qu'elle veut s'y fixer (2).

48. Il doit en être de même de la femme française qui a épousé un Français, si celui-ci devient ensuite étranger par sa naturalisation ou son établissement hors France; elle suit la condition de son mari et devient étrangère (3). On ne serait pas fondé à prétendre qu'il y a cette différence entre la femme qui épouse un étranger et celle qui épouse un Français qui, plus tard, devient étranger, que la première renonce volontairement, par son mariage, à sa qualité de Française, tandis que la seconde n'a point renoncé à sa patrie, et n'a point dû penser que son mari y renoncerait (4). Cette différence n'est qu'apparente : la femme en se mariant adopte la condition de son mari; et comme elle sait ou doit savoir que cette condition n'est pas immuable, elle consent par cela même d'avance à suivre cette condition dans tous les changements qu'elle peut éprouver, et, conséquemment à devenir étrangère si son mari devient étranger. Ici ne peut s'appliquer cette maxime : *Quod nostrum et sine facto nostro nobis auferri non potest.*

---

(1) Voy. *sup.* n. 38.

(2) C. civ., art. 19.

(3) M. Proudhon, *Des personnes*, t. I, p. 432. M. Fœlix, *Rev. étr.*, t. X, p. 446.

(4) M. Delvincourt, t. I, notes, p. 20, n. 6; M. Legat, *Code des étrang.* p. 54; M. Malleville, sur l'art. 19; M. Duranton, t. I, n. 189; M. Boileux, sur l'art. 19; M. Valette, *Notes sur Proudhon*, t. I, n. 126, note *d*.

49. Mais cette maxime est applicable, comme nous l'avons déjà vu, dans un cas qui présente quelque analogie avec la question que nous venons d'examiner, dans le cas du mineur dont le père devient étranger. Le changement de nationalité du père n'entraîne pas le changement de nationalité de son fils mineur (1). *Antiquissimum hoc erat juris romani principium*, dit Heineccius (2), *neminem posse invitum jura civitatis amittere.* La perte de la nationalité suppose une volonté exprimée ou présumée; or, le mineur ne pouvant avoir de volonté, et son père ne pouvant en avoir pour lui dans les choses qui tiennent à l'état même et aux droits civils de la personne, il faut reconnaître que le fils mineur reste Français, lors même que son père devient étranger (3).

50. Il faut même conclure de là que le mineur ne pourrait consentir lui-même son changement de nationalité. Il ne peut aliéner ses biens, comment pourrait-il aliéner sa personne?

51. Toutefois, il en serait autrement dans le cas où le changement de nationalité résulterait d'un fait indépendant de la volonté du père, et de celle du fils mineur, par exemple d'un démembrement du territoire. Dans ce cas, pour consommer la perte de la nationalité primitive, la volonté du mineur ne serait pas plus nécessaire que celle du majeur (4).

---

(1) Voy. tome II, n. 37.

(2) *Ant. rom.*, lib. I, tit. 16, § 10.

(3) M. Duranton, t. I, p. 120; M. Boileux, sur l'art 12, C. c.—Grenoble, 16 déc. 1828 (S. 29, 2, 23.) — En sens contraire, M. Duvergier, consult. insérée dans Sirey, t. XXXII, 2, 641; M. Fœlix, *Revue étrang.*, t. X, p. 462. — En Autriche, les tuteurs et autres représentants des mineurs, peuvent réclamer la naturalisation de ce dernier (M. Fœlix, *ubi sup.*). En Russie, la naturalisation d'un étranger s'étend à tous ceux de ses enfants qu'il a indiqués dans la déclaration qu'il est tenu de faire. (Digeste russe, *Lois personnelles*, IX, 916).

(4) Cass. 16 juillet 1854, (Dev. 54, 1, 501).

CHAPITRE II.

DU DOMICILE.

SOMMAIRE. — 52. Ce que c'est que le domicile. Différentes sortes de domiciles. — 53. Domicile réel. — 54. Peut-on avoir plusieurs domiciles ? — 55. Domicile des sociétés. — 56. Domicile d'une société dissoute mais non liquidée. — 57. Changement de domicile. — 58. Domicile élu. — 59. Effets de l'élection de domicile. Distinctions entre les matières civiles et les matières commerciales. — 60. L'indication d'un lieu pour le payement emporte-t-elle élection de domicile. — 61. Domicile du mineur et de la femme mariée.

52. On entend par domicile le lieu où une personne est, sous le rapport de ses droits et de ses obligations, réputée toujours présente, quoique de fait elle puisse n'y pas résider (1). La résidence peut donc être distincte du domicile; et il y a dès-lors, entre l'un et l'autre, cette différence que le domicile est de droit, tandis que la résidence est de fait.

On distingue ordinairement le domicile *politique*, qui est celui où un citoyen exerce ses droits politiques, du domicile *civil* où il exerce ses droits civils. Ici nous ne nous occupons que du domicile civil.

Le domicile civil lui-même est double. Il y a le domicile réel et le domicile élu.

53. Aux termes de l'article 102 du Code civil, le domicile réel de tout Français est au lieu où il a son principal établissement. Ce que le Code civil dit de tout Français en général, est également vrai du commerçant en particulier. Il suit de cette disposition que la résidence est nécessaire pour établir le domicile, puisqu'on ne concevrait pas un principal établissement sans une résidence au moins momentanée; mais qu'elle n'est pas nécessaire pour le conserver, en ce sens qu'on peut ne pas résider toujours au lieu où se trouve le principal établissement qui détermine le domicile. *Habitatio quæ rigore*

(1) M. Zachariæ, t. I, p. 278, § 141.

legis est necessaria ad acquirendum domicilium, dit Casaregis, *non requiritur ad illius retentionem* (1). Cela est vrai, surtout des commerçants qui, tout en ayant leur établissement commercial dans un lieu, sont néanmoins appelés dans d'autres lieux par le besoin de leurs affaires, et qui peuvent n'avoir nulle part une résidence fixe et permanente.

54. C'est une question que de savoir si on peut avoir plusieurs domiciles. En droit romain, l'affirmative n'était pas douteuse. *Viris prudentibus placuit*, disait la loi 6, § 2, ff. *ad municipalem, duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrobique ità se instruxerit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur*. Notre ancien droit français avait suivi le même système, et Rodier n'était que l'écho de tous les auteurs qui l'avaient précédé, lorsqu'il posait en principe que « quiconque a maison garnie en deux endroits où il habite « tour à tour également, a deux domiciles (2). » Aujourd'hui le Code civil, en disposant d'une manière générale que le domicile de tout Français est au lieu où il a son principal établissement, semble avoir condamné cette opinion, et n'admettre qu'un seul domicile (3). Néanmoins, je crois qu'il faut distinguer entre le cas où il s'agit du domicile général, c'est-à-dire de celui qui s'applique à la généralité des droits et des devoirs civils, du cas où il s'agit du domicile spécial, c'est-à-dire de celui qui concerne certaines relations particulières, telles que les relations juridiques (4). On ne peut avoir qu'un seul domicile général, mais on peut avoir plu-

---

(1) Disc. 117, n. 55.

(2) Sur l'art. 3 du tit. de l'ord. de 1667, quest. 7, n. 13. Voy. aussi Mazuer, *Pratique*, t. I, n. 31; Boucheul, sur Poitou, t. II, p. 467 et 486; Brillon, *Diction.*, v° *Assignation*, n. 8 et 87; Casaregis, disc. 117, n. 7.

(3) M. Malleville, t. I, p. 126.

(4) M. Merlin, *Rép.*, v° *Déclinatoire*, § 1; M. Zachariæ, t. I, p. 278, § 142.

sieurs domiciles spéciaux. On ne peut avoir qu'un seul domicile général, parce que ce domicile détermine une certaine capacité personnelle qui est indivisible comme la personne même; mais on peut avoir plusieurs domiciles spéciaux, parce que ces domiciles se rapportent aux affaires spéciales qui sont faites dans les uns ou dans les autres, et que ces affaires étant distinctes les unes des autres, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient subordonnées, chacune, à un domicile différent. Ainsi, lorsque l'article 165 du Code civil porte que le mariage doit être célébré devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, il entend parler du domicile général, et sous ce rapport, il ne peut y avoir qu'un seul domicile. C'est encore du domicile général qu'entendent parler les articles 67 du Code de commerce et 872 du Code de procédure civile, qui prescrivent l'affiche du contrat de mariage d'un commerçant dans certains lieux publics du domicile du mari. Mais quand un commerçant a plusieurs établissements de commerce, chacun de ces établisements de commerce peut être considéré comme un domicile spécial, relativement aux affaires qui y sont faites; et c'est devant les juges de ce domicile qu'il peut être attaqué et poursuivi. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce que dit Boullenois [1] : « qu'il est vrai « qu'un commerçant peut faire commerce également en plu- « sieurs endroits, mais que nonobstant ce, il y a l'endroit où « il fait communément ses Pâques, où il paye la taille, où sa « femme demeure avec ses enfants; et voilà ce qui constitue « son domicile. » Boullenois en décrivant ici le domicile général, se tait sur le domicile spécial qui se divise nécessairement entre tous les établissements distincts d'un même commerçant, et qui est attributif de juridiction aux tribunaux

---

[1] T. I, p. 836.

du lieu pour les affaires qui y sont faites, par suite d'une sorte d'élection de domicile plus ou moins tacite, mais qui n'en est pas moins réelle.

La Cour de cassation a donc bien jugé en décidant qu'une maison de banque peut être valablement assignée devant le tribunal du lieu où elle a un comptoir, à raison des opérations commerciales qu'elle a faites en ce lieu, où d'ailleurs les valeurs devaient être fournies et remboursées, encore qu'elle ait son principal établissement dans un autre lieu ([1]).

C'est ainsi encore que les marins, tout en conservant leur domicile d'origine pour tout ce qui tient à la généralité de leurs droits, ont, pour tout ce qui concerne l'expédition, un domicile spécial à bord du navire ([2]).

55. Les sociétés, qui forment des personnes morales distinctes de la personne des associés, ont un domicile distinct et qui peut être autre que celui des associés.

Ce domicile, de même que celui de tout autre individu, est au lieu où la société a son principal établissement ([3]) pour les affaires qui concernent l'intérêt de la société.

Mais si la société a plusieurs établissements ou succursales, chacun de ces établissements peut être considéré comme une sorte de domicile distinct pour les affaires spéciales qui y sont directement traitées ([4]).

Quant aux simples associations en participation, qui ne constituent pas des individualités distinctes de la personne

---

([1]) 11 fév. 1834 (Dev. 35, 1, 475; Dall. 35, 1, 40).

([2]) C. proc., art. 418 et 419. Bruxelles, 16 mai 1815 (Dev. et Car. 5, 2, 43) et Rouen 15 août 1819 (*Ibid.*, 6, 2, 131).

([3]) C. pr. 59.

([4]) M. Pardessus, *Droit comm.*, n. 1094; MM. Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés de comm.*, p. 34; M. Orillard, *Comp. des tr. de com.* n. 601.

même des associés, elles n'ont pas de siège social, pas de principal établissement, et par conséquent, pas de domicile distinct de celui des associés ou participants.

56. Lorsque la société est dissoute et liquidée, elle n'a plus d'existence, et partant, plus de domicile. Mais c'est une question fort délicate que celle de savoir si, lorsqu'elle est dissoute et non encore liquidée, elle conserve un domicile social; ce qui revient à savoir si la société cesse d'exister aussitôt que dissoute, ou si, au contraire, elle subsiste encore, quoique dissoute, tant qu'elle n'a pas été liquidée et jusqu'à la fin de sa liquidation. Pour résoudre la difficulté, il faut consulter la nature des choses.

Quelque simple que l'on suppose l'objet dont l'exploitation est mise en société, il est difficile d'imaginer qu'aussitôt qu'une société est dissoute, et au même instant, toutes les affaires sociales soient terminées et les intérêts des associés entr'eux, ou des associés à l'égard des tiers, fixés d'une manière précise et définitive. De là, dans le plus grand nombre des cas, la nécessité d'une liquidation qui, après la dissolution de la société, a pour but de réaliser les valeurs sociales, de recouvrer les dettes actives, de payer les dettes passives, et de mettre à la disposition des associés ce qui reste après les dettes payées, pour qu'ils se le partagent entr'eux dans la proportion de leur intérêt. Sans doute, il peut arriver que lors de la dissolution d'une société, toutes les affaires sociales étant terminées, il n'y ait pas lieu à liquidation; c'est qu'alors, à vrai dire, la liquidation a précédé la dissolution de la société. Mais, sauf ce cas fort rare, la société, lors de sa dissolution, est toujours en état de liquidation. Or, si l'on recherche les rapports qui existent entre la société avant sa dissolution, et la société en état de liquidation, on reconnaîtra que la liquidation est la représentation exacte de la so-

ciété dont elle continue la personne morale, et dont elle résume les intérêts divers. Sans doute, de ce que la société est dissoute, il suit qu'elle ne peut plus rien entreprendre; mais les sociétés ne sont pas établies seulement pour agir, spéculer et entreprendre; elles sont aussi établies pour réaliser en profits ou pertes les résultats de leurs spéculations et de leurs entreprises. Une société, quoique dissoute, n'a donc pas atteint son but nécessaire tant que cette réalisation n'a pas eu lieu, et, conséquemment, elle subsiste jusqu'à ce qu'elle l'ait atteint par une liquidation. « C'est une locution fort usitée par tous les commerçants, dit un auteur qui s'est toujours rendu un compte fort exact de la nature des opérations commerciales ([1]), que de dire, en annonçant la dissolution d'une société, que cette société *ne subsiste plus que pour sa liquidation.* En effet, tout commerçant comprend que la société est éteinte comme société agissante et faisant des opérations de commerce; mais c'est encore *la société*, et non des co-propriétaires par indivis, qui vend pour eux les immeubles sociaux; en sorte que si un tiers s'en rend acquéreur, il n'est pas tenu de purger les hypothèques sur chacun des associés, ce qui serait impossible dans une société par actions. Cette intelligence du droit semble tout à fait juste, car la dissolution ne s'opère que par la volonté des associés; ils sont donc maitres de rompre seulement une partie des liens qui les unissent. On peut n'arriver que par degré à une dissolution. » La vie des sociétés peut donc se composer de deux phases distinctes : la première, pendant laquelle elles agissent et opèrent; la seconde, pendant laquelle elles liquident. Il dépend sans doute des associés, en confondant ces deux phases en un seule, et en ne dissolvant la société qu'après

---

([1]) M. Fremery, *Études de droit commercial*, p. 69, note 5.

avoir liquidé, de rompre d'un seul coup tous les liens qui les unissent; mais lorsqu'ils dissolvent avant d'avoir liquidé, une partie de leurs liens subsiste : la société vit encore pour sa liquidation, car la liquidation, c'est la société sous une autre forme.

Dès que la société en liquidation existe encore, quoique dissoute, il faut en conclure qu'elle conserve un domicile social ([1]).

57. Le principal établissement qui détermine le domicile pouvant être changé, il en résulte que le domicile lui-même peut être changé. Le changement de domicile, dit l'article 108 du Code civil, s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement. Il faut donc à la fois le fait et l'intention : le fait, parce que, sans le fait, on ne pourrait présumer l'intention; l'intention, parce que, sans l'intention, le fait ne serait qu'une résidence qui peut être distincte du domicile. *Mutatio domicilii principaliter pendet ab animo*, dit très bien Casaregis ([2]). — *Domicilium etiam per habitationem centum annorum*, dit encore Ansaldus ([3]), *sine animo non acquiretur*. Cette intention est expresse ou tacite. Aux termes de l'article 104 du Code civil, la preuve de l'intention expresse résulte d'une déclaration faite, tant à la municipalité du lieu que l'on quitte, qu'à celle du lieu dans lequel on veut conférer son domicile. A défaut de cette déclaration expresse, l'article 105 permet de présumer l'intention et de l'établir à l'aide de preuves puisées dans les circonstances.

Parmi les circonstances qui font présumer l'intention de

([1]) Voy. Cass., 18 août 1840 (Dev. 1840, 1, 836). Voy. aussi (*ibid*) mes observations sur cet arrêt.

([2]) Disc. 117, n. 47 et 52.

([3]) Disc. 10, n. 14.

fixer son principal établissement dans un lieu et d'y transférer son domicile, il faut placer un établissement de commerce (1). Néanmoins, cette circonstance peut ne pas être déterminante, et se trouver dominée par d'autres circonstances qui la contrarient, et font preuve de l'intention de retenir le domicile originaire nonobstant les opérations commerciales faites dans un autre lieu.

Ainsi il a été jugé par la Cour de cassation, le 24 février 1835 (2), que la preuve de l'intention d'un changement de domicile ne résulte pas suffisamment d'un long séjour dans le lieu où l'on a fondé un nouvel établissement de commerce, ni de la faillite qui y a été déclarée et réglée, lorsque celui contre lequel on allègue ces circonstances pour établir sa renonciation au domicile antérieur, n'a fait à ce sujet aucune déclaration expresse aux municipalités, et qu'il est rentré dans ce domicile depuis plusieurs années.

Et la même Cour a encore jugé, le 15 mars 1841 (3), que le changement de domicile d'un individu ne peut, en l'absence des formalités prescrites par les articles 103 et 104 du Code civil, s'induire de ce que cet individu a fait des opérations de commerce nombreuses, mais isolées dans un autre lieu (4), et de ce que dans des actes ou annonces de ce commerce, il a déclaré avoir son domicile dans ce lieu.

Comme on le voit, tout dépend des circonstances dont les juges sont les souverains appréciateurs.

58. J'ai dit que le domicile était réel ou élu. Nous venons de voir ce qui concerne le domicile réel; passons au domicile élu.

---

(1) M. Duranton, t. I, n. 354.
(2) Dev., 35, 1, 211 ; Dall., 35, 1, 289.
(3) Dev., 42, 1, 348.
(4) Il s'agissait d'opérations faites par un agent de remplacements militaires.

Le domicile élu est celui dont il est fait choix pour l'exécution d'un acte ou d'une convention [1]. L'élection de domicile est expresse ou tacite. Elle est expresse, lorsqu'elle forme une clause de la convention pour l'exécution de laquelle le domicile est élu, ou bien encore lorsqu'elle a été faite dans un acte postérieur. L'élection tacite résulte de la nature ou des circonstances de l'affaire pour laquelle elle est faite, ou des stipulations qui la supposent.

59. L'élection de domicile n'a pas les mêmes effets en matière civile qu'en matière commerciale.

En matière commerciale comme en matière civile, le domicile élu laisse subsister le domicile réel pour tout ce qui n'est pas relatif à l'exécution de l'acte dans lequel ou pour lequel élection a été faite; de telle sorte que, si toutes les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte peuvent être faites au domicile élu et devant le juge de ce domicile, le domicile réel conserve son empire pour l'exercice de tous les autres droits et de toutes les autres actions des parties contractantes [2].

Mais en matière civile, on a prétendu que l'élection de domicile n'est, en général, et dans la rigueur du droit, relative qu'à l'exécution forcée de l'acte, c'est-à-dire aux poursuites et aux procédures auxquelles cette exécution peut donner lieu; qu'elle n'est pas par elle-même indicative du lieu où doit se faire le payement volontaire de l'obligation qui, en l'absence d'une indication expresse dans la convention, doit être fait au domicile du débiteur (à moins qu'il ne s'agisse d'un corps certain et déterminé, auquel cas le payement doit se faire dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la

---

(1) Cod. civ., art. 111.
(2) *Ibid.*

chose qui en fait l'objet) (1). Cette opinion se fonde sur l'article 111 du Code civil, aux termes duquel on peut faire au domicile élu les *significations, demandes et poursuites*, relatives à l'acte pour l'exécution duquel a eu lieu l'élection de domicile : expressions qui semblent supposer qu'il y a contestation ou nécessité de faire des actes judiciaires ou extra-judiciaires, et qu'on présente comme exclusives des cas où l'exécution est volontaire. Ce serait donc alors, et à moins d'une convention contraire, exprimée ou présumée d'après les circonstances, au domicile réel que devrait être fait le payement, en matière civile, nonobstant l'élection d'un domicile pour l'exécution de l'acte (2).

En matière commerciale, au contraire, il en est autrement, ou du moins, on doit toujours présumer que l'élection de domicile en un lieu, emporte, dans l'intention des parties, l'obligation d'y demander le payement. C'est au domicile indiqué dans un effet de commerce qu'il faut, non pas seulement faire les diligences et les poursuites nécessaires pour arriver au payement, mais encore qu'on doit se présenter à l'échéance pour demander le payement. Dans une matière où, en cas de non-payement, les poursuites judiciaires ou extra-judiciaires doivent être faites dans un très bref délai, on ne comprendrait pas que le lieu où le payement est demandé, et celui où le non-payement doit-être constaté presqu'à l'instant même par le protêt, ne fussent pas les mêmes.

Il y a plus : en matière civile, l'indication d'un lieu pour le payement n'équivaut pas, par elle seule, à une élection de domicile, cette indication de lieu devant être restreinte à son objet, qui est le payement, et n'étant point dès lors ex-

---

(1) Cod. civ., 1247.
(2) M. Duranton, t. I, n. 377.

clusive du domicile réel pour les actes ou poursuites qui sont la conséquence du non-payement (¹).

En matière commerciale, au contraire, l'indication d'un lieu pour le payement emporte élection de domicile attributif de compétence. C'est ce qui résulte de l'article 430 du Code de procédure civile, qui autorise le demandeur à assigner devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué.

60. Mais cette indication emporte-t-elle également élection de domicile dans le sens de l'article 111 du Code civil, de telle sorte que les significations, même celle de l'exploit d'assignation, puissent être faites au lieu indiqué pour le payement? Sans aucun doute. Il est bien vrai que l'article 420, en autorisant le demandeur à assigner devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le payement doit être effectué, ne dit pas aussi explicitement que l'assignation pourra être donnée au domicile indiqué ou élu pour le payement; néanmoins il le suppose nécessairement. Le tribunal n'est compétent que parce qu'il y a élection de domicile ou une indication équivalente; s'il y a élection de domicile, on rentre dans les termes de l'article 111 du Code civil, et dès-lors, conformément à cet article, toutes les significations, demandes et poursuites, conséquemment la signification de l'exploit d'ajournement, peuvent être faites à ce domicile. L'article 17, du titre XII de l'ordonnance de 1673, permettait de *donner l'assignation au lieu auquel le payement devait être fait;* et de cette disposition, qui ne s'appliquait textuellement qu'à l'assignation, on concluait que le tribunal du lieu où le payement devait être fait était compétent pour connaître de la

(¹) M. Duranton, t. I, n. 378; Cass., 29 octobre 1810 (Dev. et Car., 5, 1, 255).

demande ([1]), ce qui était conclure de l'assignation à la compétence. A plus forte raison, aujourd'hui, peut-on conclure de la compétence à l'assignation ([2]). C'est au surplus en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée ([3]).

61. La femme qui est placée sous la puissance de son mari, le mineur qui est placé sous la surveillance de son tuteur, ont leur domicile de droit, la première chez son mari, le second chez son tuteur. C'est donc, en règle générale, au domicile du mari et du tuteur que doivent être remises toutes les significations adressées au mineur ou à la femme ([4]).

—

CHAPITRE III.

DU MARIAGE DES COMMERÇANTS.

SOMMAIRE. — 62. Droits respectifs des époux dont l'un est commerçant. Renvoi.—Règles spéciales aux contrats de mariage des commerçants. Publicité. — 63. But de cette publicité. Régimes divers sous lesquels les époux peuvent contracter mariage. — 64. Moyens de publicité.—65. Quand la publicité est-elle requise?—66. A qui incombe l'obligation de publier le contrat de mariage?—67. Conséquences du défaut de publication.—68. Où doit être faite la publication?—69. De la séparation de biens.—70. Publication de la séparation de biens. Conséquences du défaut de publication. — 71. Du rétablissement de la communauté.

62. Il ne s'agit pas ici de déterminer les droits respectifs des époux dont l'un ou l'autre est commerçant, ni de rechercher l'influence que peut avoir, sur la nature ou l'étendue de leurs

---

([1]) Voy. Jousse et Bornier sur cet article.

([2]) M. Carré, *Lois de la procéd.*, n. 1511; M. Chauveau sur Carré, *ib.*

([3]) Cass., 25 prair. an X (Dev. et Car., 1, 1, 636; Dall., 7, 761); 4 fév. 1808 (Dev. et Car., 2, 1, 483); 13 mars 1829 (S. 30, 1, 160; Dall., 29, 1, 102); Bruxelles, 30 mars 1807 (Dev. et Car., 2, 2, 221); Dall., 7, 801).

([4]) Voy. *inf.*, tit. 3, ch. 1 et 4.

droits, le régime sous lequel se sont placés les conjoints. Ces différents points feront l'objet d'un examen ultérieur (1). Il s'agit seulement d'exposer les règles spéciales de publicité auxquelles sont soumis les contrats de mariage des époux dont l'un est commerçant, ainsi que les actes qui, pendant le cours de l'union conjugale, viennent modifier les conventions primitives du contrat de mariage.

63. Pour faire comprendre l'utilité de cette publicité et des moyens employés dans le but de l'assurer, il nous suffira de rappeler ici que les droits des créanciers de l'un des époux sur les biens de l'autre, dépendent du régime sous lequel les époux se sont placés en se mariant; que si les époux se sont mariés sous le régime de la communauté, ceux des biens du mari ou de la femme qui tombent dans la communauté sont affectés au payement des dettes de la communauté, c'est-à-dire des dettes contractées par le mari pendant la communauté, ou par la femme, du consentement du mari (2); tandis que si les époux se marient séparés de biens, ou sous le régime dotal, les biens personnels de l'un ne sont pas tenus des dettes de l'autre, et qu'il est même, dans le dernier cas, c'est-à-dire quand il y a eu adoption du régime dotal, certains biens de la femme qui sont complètement inaliénables et affranchis de toute responsabilité des dettes, soit du mari, soit de la femme (3). Il importe donc aux tiers qui contractent avec des époux dont l'un est commerçant, de connaître leurs conventions matrimoniales, pour savoir jusqu'à quel point l'un est obligé par les actes de l'autre. Cela importe sans doute aussi aux tiers qui contractent avec des époux dont

(1) Voy. *inf.*, tit. 5, ch. 4, et tit. 4, ch. 1er.
(2) C. c., art. 1409 et 1482.
(3) C. c., art. 1554.

ni l'un ni l'autre n'est commerçant; mais comme dans les affaires non commerciales, celles qui se font tous les jours ont peu d'importance, et que, pour les affaires importantes, les tiers ont toujours le temps de consulter les contrats de mariage de ceux avec qui ils s'engagent, il est sans inconvénient réel et appréciable que les contrats de mariage des non-commerçants restent sans publicité légale; tandis qu'au contraire le crédit privé et la célérité des affaires souffriraient une fâcheuse atteinte, si l'acte qui règle les droits respectifs des époux dont l'un est commerçant au moment du mariage, ou le devient postérieurement, ne recevait pas une publicité légale qui donne à tous la faculté de le connaître d'avance, et qui établit contre tous la présomption qu'ils l'ont connu.

64. Pour assurer cette publicité, tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant, doit, aux termes des articles 872 du Code de procédure civile, et 67 du Code de commerce, combinés, être transmis, par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, et s'il n'y a pas de tribunal de commerce, à la mairie, pour être exposé pendant un an dans l'auditoire de ces tribunaux, et dans la salle principale de la maison commune. Pareil extrait est adressé aux Chambres des avoués et des notaires, pour être également inséré au tableau qui y est exposé. Cet extrait doit contenir les noms, prénoms, professions et demeures des époux. Il doit annoncer s'ils sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'ils ont contracté sous le régime dotal.

68. Sous l'ancien droit, la même formalité était prescrite par l'article 1er du titre 8 de l'ordonnance de 1673, mais seulement dans les lieux où la communauté de biens, entre mari et femme, était établie par la coutume ou par l'usage, et dans le cas seulement où le contrat dérogeait à cette coutume.

S'il n'y dérogeait pas, comme la communauté avait lieu de plein droit, on jugeait inutile la publication d'un contrat de mariage qui n'apprenait rien aux tiers.

Quoique le Code civil ait fait du régime de la communauté le droit commun du mariage, et n'ait autorisé les régimes exclusifs de la communauté que comme des exceptions, cependant la loi actuelle, lorsque l'un des époux est commerçant au moment du mariage, exige, dans tous les cas, la publication du contrat de mariage, sans distinguer s'il ne fait que se conformer au droit commun, ou s'il y déroge.

Lorsqu'au contraire l'un des époux n'embrasse la profession de commerçant que postérieurement à son mariage, le Code de commerce n'exige la publication du contrat de mariage que lorsque les époux sont séparés de biens ou mariés sous le régime dotal (1).

C'est là une différence entre les deux cas dont on ne comprend ni la cause, ni l'utilité.

66. Quand il s'agit du contrat de mariage d'époux dont l'un est commerçant, c'est au notaire qui a reçu le contrat de mariage à en faire la remise, sous peine de cent francs d'amende, et même de destitution ou de responsabilité s'il était prouvé que l'omission fût la suite d'une collusion (2).

Quand, au contraire, il s'agit d'époux qui n'embrassent la profession commerciale qu'après leur mariage, c'est à l'époux commerçant à faire la remise de son contrat de mariage dans le mois du jour où il a ouvert son commerce, et, à défaut de cette remise, il peut être, en cas de faillite, condamné comme banqueroutier simple (3).

---

(1) Code comm., 69.
(2) Code comm., 68.
(3) Code comm., 69 *nouv.* — L'ancien article 69 du Code de comm.,

67. L'article 1er du titre 8 de l'ordonnance de 1678 allait plus loin. Il prononçait la nullité de la clause dérogatoire à la communauté qui n'avait pas été publiée, et voulait qu'elle n'eût d'effet que du jour où elle avait été publiée, de telle sorte, dit Jousse (1), que les créanciers du mari pouvaient soutenir contre la femme qu'elle était commune à leur égard, et se venger sur les biens de la communauté de la même manière que si cette femme eût été commune avec son mari. Le Code de commerce n'a pas reproduit cette disposition, d'où naît la question de savoir si, faute de publication d'un contrat de mariage qui déroge à la communauté, les époux, dont l'un est commerçant, doivent de plein droit être réputés communs.

Je ne le pense pas : l'article 68 du Code de commerce, relatif au cas où il s'agit du contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant, ne prescrit la publication qu'au notaire rédacteur; et l'article 69, relatif au cas où il s'agit du contrat de mariage entre époux dont l'un devient commerçant postérieurement au mariage, ne prescrit la publication qu'à l'époux qui devient commerçant; ni l'un ni l'autre ne mettent cette publication à la charge du conjoint du commerçant. Comment, dès-lors, faire peser une responsabilité quelconque sur ce conjoint, qui, en ne faisant pas la publication, n'a manqué à aucun de ses devoirs, puisqu'aucune loi ne lui impose l'obligation de le faire, et qui porterait ainsi la peine du fait d'autrui? Cela est vrai, surtout lorsque c'est le mari qui est commerçant. Il y aurait une souveraine injustice à vouloir que la femme, placée dans un état d'infériorité et de subordination nécessaire, payât pour son mari qui seul a

---

voulait que dans ce cas l'époux fût puni comme banqueroutier frauduleux.

(1) Sur cet article.

manqué à ses devoirs. Et même, dans le cas où c'est la femme qui est commerçante, le mari, qui est protégé par son contrat de mariage, n'a aucune précaution à prendre contre les créanciers de sa femme, qui doivent s'imputer le tort qu'ils peuvent éprouver, faute par eux d'avoir vérifié l'état des conventions matrimoniales, sur le contenu desquelles l'absence de publication devait les tenir en éveil.

Néanmoins, s'il y a eu fraude ou collusion de la part du conjoint du commerçant; s'il a concouru à cacher aux créanciers les clauses que ceux-ci avaient intérêt à connaître, alors il peut devenir responsable envers eux du tort qu'il leur a causé. C'est là une application toute naturelle du principe général du droit, qui veut que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (1).

Il faut, de plus, reconnaître que le notaire lui-même ne serait passible d'aucune peine, à raison du défaut de publication, si l'époux commerçant ne lui avait pas fait connaître sa qualité, et si, d'ailleurs, le notaire n'en avait pas une connaissance personnelle (2).

Par contre, il a été jugé que le notaire qui a reçu un contrat de mariage, est tenu d'en faire la remise, sous les peines prononcées par l'article 68 Cod. com., par cela seul que dans le contrat l'un des époux est qualifié commerçant, bien que dans la réalité il ne le soit pas (3). Cette solution qui, appliquée d'une façon trop générale, pourrait sembler sévère, se justifie par cette considération que le notaire ne peut être appelé à vérifier l'exactitude de la déclaration faite dans le

---

(1) Cod. civ., art. 1382. Voy. Dageville, *Cod. de comm. expliqué par la jurispr.*, t. I, p. 222; M. Pardessus, n. 93.
(2) M. Pardessus, *ibid.*
(3) Colmar, 4 mai 1829 (S. 29, 2, 83; Dall. 30, 2, 1).

contrat de mariage, et qu'il doit y obéir sans être admis à la discuter.

68. Suivant M. Pardessus [1], si l'affiche du contrat de mariage était nécessitée par la qualité de la femme qui serait commerçante, et si le siège du commerce de la femme était dans un lieu autre que le domicile du mari, l'affiche devrait être faite non-seulement au domicile du mari, mais encore au domicile de fait de la femme. Sans aucun doute cette double affiche peut avoir son utilité; mais je ne pense pas, en présence de la disposition formelle de l'article 872 du Code de procédure, auquel se réfèrent les articles 67 et 69 du Code de commerce, qu'on puisse en faire une obligation à la femme et au notaire, ni les punir d'une omission qui n'est que l'observation exacte du texte de la loi. Cette omission, d'ailleurs, ne peut causer aucun préjudice aux étrangers qui connaissent le domicile du mari, et qui savent qu'ils y trouveront toutes les lumières qu'ils ne trouvent pas au domicile de fait de la femme.

69. C'est un principe de notre droit civil, que les époux ne peuvent modifier, pendant le mariage, les conventions matrimoniales qu'ils ont formées avant de s'unir, et par conséquent qu'ils ne peuvent changer le régime sous lequel ils se sont placés en s'unissant [2].

Cependant en certains cas, la femme qui s'est mariée sous un régime qui donne au mari l'administration de ses biens, est admise à reprendre cette administration par la voie de la séparation de biens.

La séparation de biens ne peut être poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril, et lorsque

---

(1) N. 92.
(2) Cod. civ., art. 1395.

le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme [1].

70. L'article 1445 du Code civil veut, que toute séparation de biens soit, avant son exécution, rendue publique par l'affiche au tribunal de première instance, et, de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, au tribunal de commerce de son domicile. Mais l'article 872 du Code de procédure, en prescrivant la lecture du jugement à l'audience du tribunal de commerce, et l'affiche par extrait, de la manière ci-dessus expliquée pour le contrat de mariage [2], généralise cette disposition en l'appliquant même au cas où le mari n'est pas commerçant. Il est vrai que l'article 66 du Code de commerce, en reproduisant la même disposition, ne l'applique qu'au cas où le mari est commerçant. Mais il ne faudrait pas conclure de là que cet article 66 abroge l'article 872 du Code de procédure, et qu'il n'y a lieu à la publication et à l'affiche que lorsque les époux sont commerçants. L'article 66 du Code de commerce, qui n'avait à s'occuper que du commerce et de ceux qui l'exerçent, a dû laisser en dehors de sa disposition les individus étrangers au commerce, qui sont restés dès lors régis par la disposition générale et de droit commun de l'article 872.

A défaut de l'accomplissement des formalités prescrites, les créanciers du mari sont toujours admis à s'opposer à l'exécution du jugement de séparation pour tout ce qui touche leurs intérêts, et à contredire toute liquidation qui en aurait été la suite [3].

---

(1) Cod. civ., 1443.
(2) Voy. *sup.* n. 64.
(3) Cod. comm., art. 66.

71. La communauté dissoute par la séparation de biens peut être rétablie du consentement des époux, par acte passé devant notaire et dont une expédition doit être affichée et publiée (1)

Mais ici se présente une difficulté. L'article 1451 du Code civil, qui permet de rétablir la communauté, renvoie pour la forme de l'affiche à l'article 1445. Or, nous venons de voir que l'article 1445, qui ne prescrivait l'affiche au tribunal civil et au tribunal de commerce que si le mari était commerçant, a été modifié par l'article 872 du Code de procédure qui, en amplifiant les formalités de publication, et en maintenant l'affiche tant au tribunal civil qu'au tribunal de commerce, ne fait aucune distinction entre les commerçants et les non commerçants. De là naissent deux questions; la première, qui est de savoir si, entre non commerçants, le rétablissement d'une communauté conjugale dissoute par la séparation de biens est valable, quoique l'acte portant ce rétablissement n'ait été affiché qu'au tribunal civil, et non au tribunal de commerce; la seconde, qui est de savoir à quelles formalités d'affiche est soumis entre commerçants l'acte qui consomme ce rétablissement.

Sur le premier point, il ne nous semble pas douteux, qu'entre non commerçants, le rétablissement de la communauté ne doit être affiché qu'au tribunal civil. L'article 1451 du Code civil, qui prescrit cette affiche, ne dit pas qu'elle doit avoir lieu dans la même forme que celle du jugement de séparation. Il ne la soumet qu'à l'observation des formalités prescrites par l'article 1445. Si donc l'article 872 du Code de procédure a prescrit pour le jugement de séparation d'autres formalités que celles qui étaient prescrites par l'ar-

(1) C. civ., art. 1451.

ticle 1445, ce n'est pas une raison pour les appliquer à l'acte rétablissant la communauté, qui est uniquement régi par ce dernier article. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation, le 17 juin 1839 (1).

Il en est autrement dans le second cas, c'est-à-dire si l'un des époux est commerçant. Sans doute, si l'on s'en tenait aux articles 1445 et 1451 du Code civil, et à l'article 872 du Code de procédure, il faudrait reconnaître que ce dernier article, n'étant relatif qu'à la séparation de biens, il y a nécessité de suivre les articles 1445 et 1451, qui seuls s'occupent du rétablissement de la communauté, et que, ni l'un ni l'autre de ces articles ne prescrivant une affiche au tribunal de commerce, lorsque l'un des époux est commerçant, il n'y a aucune raison légale d'exiger cette formalité. Mais c'est ailleurs qu'il faut chercher la solution de la question. Nous avons vu que l'article 67 du Code de commerce prescrit la publication par extrait, dans les formes de l'article 872, de tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant. Or, qu'est-ce que l'acte portant rétablissement de la communauté, sinon un véritable contrat de mariage quant à l'objet spécial qu'il se propose? Il faut donc appliquer à cet acte la disposition de l'article 67 du Code de commerce, et décider qu'il doit être affiché au tribunal de commerce dans la forme prescrite par l'article 872 du Code de procédure.

---

(1) Dev., 1839, 1, 460.—Voy. en sens contraire, M. Toullier, t. XIII, n. 118; M. Duranton, t. XIV, n. 430, *à la note*; et M. Cubain, *Des droits des femmes*, n. 516.

TITRE III.

DE L'INCAPACITÉ DE CONTRACTER DANS SES RAPPORTS AVEC LA FACULTÉ DE FAIRE LE COMMERCE.

SOMMAIRE. — 72. Des incapacités proprement dites. — 73. Différentes sortes d'incapacités. — 74. Objet de ce titre.

72. Nous avons vu (1) que la faculté de faire le commerce était restreinte par certaines incompatibilités fondées sur les convenances ou la nécessité. Nous allons nous occuper ici de certaines autres causes d'empêchement, résultant d'incapacités proprement dites, qui, s'appliquant aux actes et aux contrats de la vie civile, s'appliquent également et surtout aux actes et aux contrats de la vie commerciale.

73. En principe, toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi (2). La loi déclare incapables de contracter les mineurs, les interdits, les femmes mariées; il y a des individus auxquels elle défend seulement certains actes ou certains contrats, tels sont les prodigues, les faillis, le mort civilement (3).

De ces incapacités, les unes sont purement légales, les autres sont à la fois naturelles et légales. Les unes sont absolues, les autres sont relatives; c'est-à-dire que les unes ne peuvent cesser tant que dure la cause dont elles proviennent, tandis que les autres cessent devant l'accomplissement de certaines conditions.

Les mineurs, les interdits, les prodigues, les femmes mariées sont atteints d'une incapacité à la fois naturelle et

(1) Voy. *sup.* le chap. 2 du tit. 1.
(2) C. c., 1123.
(3) C. c., 1124.

légale. Mais l'incapacité du mineur et celle de la femme mariée sont purement relatives, puisqu'elles peuvent cesser quand le mineur ou la femme mariée ont reçu les autorisations nécessaires. Au contraire, l'incapacité de l'interdit ou du prodigue est absolue (du moins en ce qui touche le commerce), parce qu'elle ne peut être corrigée par aucune autorisation tant que dure la cause de l'empêchement.

Quant à l'incapacité du failli, ou du mort civil, elle est absolue, en ce sens que le failli et le mort civilement ne peuvent, tant que dure l'état de faillite ou la mort civile, faire certains actes; elle est relative, en ce sens qu'il y a des actes que le failli et le mort civil peuvent toujours faire.

74. Nous allons nous occuper successivement de ces différentes incapacités. Nous terminerons cet examen par quelques mots sur l'état des Juifs.

—

CHAPITRE I.

DES MINEURS.

SOMMAIRE. — 75. Définition de la minorité. — 76. A quelle âge cesse la minorité. — 77. Du tuteur et de son administration. — 78. De l'hypothèque légale du mineur sur les biens du tuteur. — 79. De l'émancipation. — 80. Nullité des actes faits par le tuteur sans l'accomplissement des formalités voulues, ou par le mineur seul; action en restitution.—81. Par qui peut être demandée la nullité des actes faits par le mineur.— 82. Du mineur autorisé à faire le commerce. Division du chapitre.

75. Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore atteint l'âge de vingt-un ans accomplis [1]. La loi considère l'homme au-dessous de vingt-un ans comme incapable d'avoir une volonté suffisamment ré-

---

[1] C. civ., 388.

fléchie, et par conséquent comme incapable d'exercer par lui-même les actes de la vie civile. *Minores*, dit un ancien auteur, *non habent neque velle neque nolle* (1).

76. La loi fait cesser la minorité à vingt-un ans : le mineur alors devient majeur. Mais on comprend que la durée de la minorité peut varier avec les temps et les lieux, selon que les influences du climat, et les progrès de l'éducation hâtent plus ou moins les développements de l'intelligence. Ainsi autrefois, la majorité était fixée à vingt-cinq ans dans la plus grande partie de la France; et cet âge est encore aujourd'hui le terme de la minorité dans plusieurs états de l'Europe (2).

77. Pour suppléer à l'incapacité du mineur, la loi lui donne un tuteur, chargé de prendre soin de sa personne, et de le représenter dans tous les actes civils (3). Parmi ces actes, il en est que le tuteur peut faire de sa pleine autorité; il en est d'autres qu'il ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Et par une bizarrerie qui ne s'explique que par le peu d'importance de la richesse mobilière au moment où le Code civil a été fait, le législateur, qui a tracé des règles et des formalités impérieuses pour l'aliénation des im-

---

(1) Roccus, Centur. 1, resp. 38, n. 9.

(2) La majorité est fixée à 21 ans dans les Deux-Siciles (art. 411), dans les États Sardes (art. 367), en Bavière (L. 26 oct. 1813), en Saxe (*Droit statutaire*, liv. I, art 42), et en Russie (art. 160); à 22 ans en Angleterre et aux États-Unis (*M. Kent*, t. II, sect. 31); à 23 ans dans le royaume des Pays-Bas (art. 385) et dans le canton de Vaud (art. 286); à 24 ans, en Autriche (art. 21), en Prusse (part. 1, tit. 1, § 26), et dans le grand duché d'Oldembourg (L. 13 juillet 1814, § 3); à 25 ans, en Wurtemberg (L. 21 mai 1828), en Hanovre (*ibid*, 14 avril 1815, § 24), en Danemarck (*Code de Chrétien V*, liv. III, tit. 17), en Espagne (*Sala*, tit. 1, liv. VIII), et en Portugal (*Mello freire*, liv. II, tit. 11, § 3). — Voy. M. Fœlix, *Droit international*, p. 117, note 1.

(3) C. C., 450.

meubles du mineur, laisse ses biens meubles à la discrétion du tuteur ([1]). Il n'y a de règles à l'égard des meubles que pour les inscriptions des rentes sur l'État. Ces inscriptions appartenant à des mineurs, même émancipés, ne peuvent être transferées, lorsqu'elles sont au-dessous de 50 francs, soit par le tuteur du mineur non émancipé, soit par le mineur émancipé assisté de son curateur, qu'avec l'autorisation du conseil de famille ([2]).

78. Dans les cas pour lesquels des formalités spéciales ne sont pas exigées, le mineur n'a d'autre garantie de la gestion du tuteur qu'une hypothèque légale qui frappe les biens de ce dernier pour toutes les sommes dont il est redevable par suite de la tutelle ([3]).

79. L'incapacité du mineur cesse en partie par l'émancipation ([4]) qui lui remet l'administration de ses biens, mais qui le place sous la surveillance et l'autorité d'un curateur pour tous les actes qui excèdent les bornes d'une simple administration ([5]).

80. Les actes faits par le tuteur au nom du mineur, sans l'accomplissement des formalités voulues, sont nuls. Quant aux contrats faits par le mineur seul ou avec l'assistance de son tuteur, alors même qu'ils seraient valables en eux-mêmes, le mineur, s'il en éprouve une lésion quelconque, à moins qu'elle ne provienne d'un évènement casuel et imprévu ([6]), peut obtenir sa restitution contre l'engagement pris par lui ou en son nom, et faire rescinder la convention. Cette

---

([1]) Voy. un *Mémoire* de M. Rossi, inséré dans la *Revue de législation*, t. XI, p. 5.

([2]) Loi du 24 mars 1806, article 1 et suiv.

([3]) Cod. Civ., 2121.

([4]) C. c., 476 et suiv.

([5]) C. c., 481 et suiv.

([6]) C. c., 1306.

action est ouverte en faveur du mineur non émancipé contre toutes conventions, et en faveur du mineur émancipé contre toutes conventions excédant les bornes de sa capacité (¹).

81. Il y a même cela de remarquable, quant aux actes faits par le mineur nonobstant son incapacité, qu'ils ne peuvent être attaqués pour cause d'incapacité que par le mineur, et jamais par les personnes capables avec qui il a contracté, de telle sorte que ces actes ne sont atteints que d'une nullité qui, purement relative au mineur, ne peut jamais profiter aux autres parties contractantes.

82. Les règles générales sur l'incapacité des mineurs cessent à l'égard du mineur autorisé à faire le commerce; il se trouve alors soumis à des règles spéciales, dans le détail desquelles nous allons entrer.

Nous examinerons ensuite les conséquences que peuvent avoir certains incidents commerciaux relativement aux mineurs non commerçants contre lesquels ils réagissent; ainsi que quelques autres questions qui n'intéressent que les mineurs non commerçants, mais qui se rattachent au commerce, et rentrent par conséquent dans notre sujet.

SECTION I. — DU MINEUR AUTORISÉ A FAIRE LE COMMERCE.

SOMMAIRE. — 83. Le mineur émancipé ou non émancipé n'est pas de plein droit capable de faire le commerce. — 84. Ancien droit sur la matière. — 85. Droit nouveau. Le mineur émancipé peut faire le commerce quand il y est spécialement autorisé. — 86. Forme de cette autorisation. — 87. Elle doit être expresse et directe — 88. Elle peut être donnée par acte sous seing-privé. — 89. L'autorisation est nécessaire non-seulement au mineur qui veut devenir commerçant, mais encore à celui qui veut faire un acte de commerce isolé. — 90. Elle peut être limitée à une certaine nature d'opérations ou de commerce. — 91. Peut-elle être révoquée? — 92. L'autorisation n'a d'effet que pour les actes commerciaux, et non pour les actes civils. — 93. Des

(¹) C. c., 1305.

actes dont la cause commerciale n'est pas exprimée. — 94. Effets généraux de l'autorisation. — 95. Le mineur autorisé à faire le commerce est-il par cela même autorisé à contracter une société de commerce? — 96. Le mineur autorisé à faire le commerce, peut-il, pour le faire, s'associer avec son père qui l'a autorisé? — 97. Le mineur commerçant est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce. — 98. Il peut s'engager dans la même forme que les majeurs. — 99. Ses engagements produisent les mêmes résultats. — 100. Contrainte par corps. — 101. Prescription. — 102. Le mineur n'est pas restituable pour les faits de son commerce. — 103. Il en est de même du mineur artisan. — 104. Les obligations du mineur commerçant ne sont jamais réductibles. — 105. Le mineur commerçant peut engager et hypothéquer ses immeubles. — 106. Mais non les aliéner. — 107. Ses créanciers peuvent les faire vendre. — 108. Les créanciers commerciaux ne sont pas tenus dans ce cas de discuter préalablement le mobilier. — 109. Du cautionnement consenti par le mineur commerçant. — 110. Le mineur commerçant peut seul se prévaloir de son incapacité. — 111. Effets de l'annulation des actes pour cause d'incapacité. — 112. Le père qui a autorisé son fils à faire le commerce est-il responsable de ses faits et gestes? — 113. De la faillite du mineur commerçant. — 114. Transition à la section suivante.

83. Le mineur non émancipé n'ayant pas l'administration de ses biens, même de ses biens meubles, ne peut faire le commerce, puisque le commerce suppose tout au moins le droit d'administrer les choses qui en font l'objet. Il en est de même du mineur émancipé. Si l'émancipation lui remet l'administration de ses biens, et même lui donne jusqu'à un certain point le droit d'aliéner ses meubles, elle ne lui donne pas une capacité suffisante pour faire le commerce, puisqu'il n'a pas la libre disposition de ses capitaux (1); qu'il ne peut faire d'emprunts sans y être préalablement autorisé (2); et que toutes les obligations qu'il contracte sont réductibles, en cas d'excès, par les tribunaux (3).

Dans les cas ordinaires, les actes commerciaux faits par le mineur non émancipé sont donc ou nuls ou rescindables,

---

(1) C. civ., 482.

(2) C. c., 483.

(3) C. c., 484. — Voy. Straccha, *De mercaturâ*, part. 3, p. 371, n. 19; et Scaccia, *De commerc. et camb.*, § 1, quæst. 7, part. 3, limit. 17, n. 4 et suiv.

comme excédant sa capacité; quant aux actes commerciaux faits par le mineur émancipé, ils sont nuls quand ils excèdent sa capacité; rescindables pour cause de lésion, ou réductibles en cas d'excès, suivant les circonstances (1); et, dans tous les cas, ne peuvent valoir que comme actes purement civils, sans produire aucunes conséquences commerciales (2).

84. Cependant, autrefois l'opinion des docteurs, conforme à l'ancien usage de la plupart des cités commerçantes, attesté par Straccha, reconnaissait aux mineurs le droit de commercer, *si sint approbati mercatores et in albo mercatorum descripti* (3). Et il paraît qu'à cette époque, et notamment en Italie, d'après le statut de Rome, il suffisait, pour que le fils placé sous la puissance de son père pût s'obliger commercialement et être porté *in albo mercatorum*, que sa demeure fût séparée de celle de son père, et qu'il fît publiquement le commerce: *quod filius familias seorsim à patre habitet, et publicè negotietur* (4).

Nos anciennes coutumes admettaient également les mineurs à faire le commerce, et à s'obliger pour le fait de leur trafic et négoce, sans leur imposer l'obligation d'une autorisation préalable, et même sans exiger qu'ils fussent émancipés (5), condition dont quelques auteurs admettaient d'ailleurs la nécessité (6), et que, dès le temps de Henri III, on avait proposé d'introduire dans la législation (7). L'ordonnance de 1673, généralisant plus tard la disposition des cou-

---

(1) C. c., 481 et 484.
(2) Cod. com., 114. — Voy. *inf.* n. 92, et sect. 2.
(3) *De mercat.*, p. 371, n. 26 et suiv. — Voy. aussi Marquardus, *De jure mercat.*, lib. III, cap. 9.
(4) Ansaldus, *De comm.*, *Disc.* 63, n. 19.
(5) Voy. Toubeau, *Inst. du dr. consul.*, t. I, p. 349.
(6) Brodeau sur Louet, lettre F, n. 11.
(7) Voy. Toubeau, p. 330.

tumes locales, en fit le droit commun de la France par l'article 6 du titre Ier, qui porte : « Tous négociants et marchands « en gros et en détail, comme banquiers, seront réputés « majeurs pour le fait de leur commerce et banque, sans « qu'ils puissent être restitués *sous prétexte de minorité.* »

C'était là autoriser expressément les mineurs à faire le commerce et les y autoriser sans condition. Néanmoins, Bornier (1) prétendait que l'article 6 de l'ordonnance, de même que la disposition des coutumes ne devait s'appliquer qu'aux mineurs, marchands de profession, *approbati mercatores, et in albo mercatorum descripti*, comme dit Straccha; et il voulait même que dans les villes où il y avait maîtrise, les mineurs ne pussent faire le commerce avant vingt-un ans, âge auquel se conférait la maîtrise.

Du reste, il n'était pas plus nécessaire, sous l'ordonnance que sous les coutumes, que le mineur fût préalablement émancipé : c'était au contraire le commerce qui l'émancipait (2).

85. Le Code civil maintint en partie cet état de choses en reproduisant la disposition de l'ordonnance de 1673, qu'il resteignit toutefois aux mineurs émancipés (3), sans d'ailleurs soumettre le mineur émancipé qui voudrait faire le commerce à la nécessité d'aucune autorisation préalable.

Le projet du Code de commerce, qui vint un peu plus tard, s'était borné à reproduire l'ordonnance et le Code civil : « Tout mineur faisant notoirement le commerce, disait l'ar- « ticle 2 de ce projet, est censé majeur quant aux engage- « ments qu'il contracte pour fait de ce commerce. »

---

(1) Sur cet article.
(2) Bornier, *Ibid.*
(3) C. civ., 487 et 1308.

Le vague de cette rédaction frappa presque tous les tribunaux appelés à émettre leur avis sur ce projet; ils signalèrent l'incertitude d'une règle législative qui dépendait d'une appréciation de faits toujours incertaine; et quelques-uns furent même jusqu'à demander s'il était utile, sous l'empire d'une législation qui fixait la majorité à vingt-un ans, d'autoriser les mineurs à faire le commerce.

Ces observations portèrent leurs fruits : on reconnut au Conseil-d'État que si, en général, et dans l'intérêt bien entendu du mineur, la carrière commerciale ne devait pas lui être ouverte, cependant elle ne devait pas non plus lui être absolument fermée, parce que son intérêt peut, en certains cas, exiger qu'il y entre, par exemple, lorsqu'il est appelé au commerce de son père décédé, lorsque le commerce est la condition d'un mariage, lorsqu'il se présente une association avantageuse qu'on ne retrouverait pas plus tard, etc., etc. (1). Dès qu'on admettait des cas où le mineur pouvait avoir intérêt à faire le commerce, et que ces cas ne pouvaient être limités, il devenait nécessaire de le lui permettre d'une manière générale; mais en même temps et pour qu'on n'abusât pas de cette permission, il fallait qu'il ne pût faire le commerce qu'autant qu'il y serait spécialement autorisé, et que cette autorisation fût entourée d'assez de précautions pour qu'il n'y eût pas lieu de craindre qu'elle fût donnée inconsidérément et à la légère.

86. De ces diverses considérations sortit l'article 2 du Code de commerce, aux termes duquel « Tout mineur émancipé, « de l'un et l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui « voudra profiter de la faculté que lui accorde l'article 487 « du Code civil de faire le commerce, ne pourra en commen-

(1) M. Locré, *Esp. cod. com.*, sur l'art. 2.

« cer les opérations, et être réputé majeur, quant aux enga-
« gements par lui contractés pour faits de commerce, 1° s'il
« n'a été préalablement autorisé par son père, ou par sa mère,
« en cas de décès, interdiction ou absence du père; ou, à
« défaut du père et de la mère, par une délibération du con-
« seil de famille, homologuée par le tribunal civil; 2° si, en
« outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au
« tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir
« son domicile. »

Quatre conditions sont donc imposées au mineur qui veut faire le commerce.

La première, c'est qu'il soit émancipé dans la forme et de la manière déterminées par les articles 477 et suivants du Code civil, c'est-à-dire qu'il ait été jugé capable de se diriger sans le secours d'un tuteur, et d'administrer ses affaires.

L'émancipation qui a lieu de plein droit par l'effet du mariage (1) dispense d'une émancipation expresse; mais elle ne dispense pas de l'autorisation exigée pour compléter la capacité commerciale du mineur, l'émancipation par mariage ne produisant pas des effets autres ni plus étendus que l'émancipation ordinaire (2).

La seconde condition, c'est que le mineur ait atteint l'âge de dix-huit ans accomplis. Tout mineur émancipé ne peut donc être admis à faire le commerce, puisque l'émancipation peut lui être accordée, dès l'âge de quinze ans, par ses père et mère (3).

La troisième condition, c'est que le mineur émancipé, et qui a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, soit spécialement

---

(1) C. civ., 476.

(2) Voy. *inf.*, ch. 4, pour le cas où il s'agit d'une femme mariée mineure.

(3) Cod. civ., 477 et 478.

autorisé à faire le commerce. Cette autorisation lui est donnée par son père, ou par sa mère, dont la tendresse ne permet pas de mettre en doute la sollicitude; ou, à défaut de père et de mère, par une délibération du conseil de famille, suivie de l'homologation par l'autorité judiciaire, qui garantit qu'il y a eu examen sérieux de la capacité réelle du mineur.

Enfin, la quatrième condition, c'est l'affiche et l'enregistrement au greffe du tribunal de commerce du lieu où le mineur doit exercer son commerce : affiche tellement indispensable dans l'esprit du législateur, qu'il a été reconnu au Conseil-d'État, lors de la discussion, que le mineur ne pourrait faire valablement aucun acte de commerce, même après en avoir obtenu l'autorisation, tant que cette autorisation n'aurait pas été affichée et enregistrée (1).

Il suit de là que le simple consentement du père ou de la mère ne suffirait pas pour habiliter le mineur à faire le commerce. Il faut un acte exprès d'autorisation dans la forme prescrite par l'article 2 du Code de commerce. C'est ce qui a été jugé avec beaucoup de raison par la Cour royale de Poitiers le 3 mars 1843 (2).

87. Il suit de là encore que l'autorisation doit être directe, et prouvée par la représentation même de l'acte revêtu des formalités voulues. Elle ne pourrait résulter d'un acte qui en supposerait l'existence. C'est par application de ce principe qu'un arrêt de la Cour royale de Bourges, du 26 janvier 1828 (3), a déclaré insuffisante pour habiliter un mineur à faire le commerce, une délibération par laquelle le conseil de famille autorise ce mineur à vendre ses immeubles pour faire honneur à ses engagements et donner plus d'extension à son

(1) M. Locré, sur l'art. 2 du cod. com.
(2) Dalloz, 43, 2, 202.
(3) *Ibid.*, *ad notam.*

commerce. Une telle délibération implique sans doute le consentement du conseil de famille, et suppose même si l'on veut l'autorisation antérieure, mais elle ne saurait en tenir lieu.

88. Du reste, rien n'empêche que l'autorisation donnée par le père ou par la mère résulte d'un acte sous seing-privé. On a prétendu le contraire, sous prétexte que rien ne garantirait la vérité de l'écriture et de la signature, et on a voulu que l'autorisation ne pût être donnée que devant notaire ou devant le juge de paix, ou par déclaration au greffe du tribunal de commerce ([1]). Ces différents modes sont parfaitement réguliers. Mais un acte sous seing-privé ne l'est pas moins, puisqu'on peut faire légaliser la signature du père ou de la mère.

89. Au surplus, l'autorisation dans la forme qui vient d'être expliquée est nécessaire, non-seulement au mineur qui veut devenir commerçant, mais encore à celui qui veut faire un acte de commerce isolé ([2]) : précaution qui équivaut à une véritable et salutaire prohibition, relativement aux actes isolés que pourrait vouloir faire un mineur; car un fait unique et une spéculation passagère présenteront rarement assez d'intérêt et d'utilité pour déterminer le mineur et sa famille l'accomplissement des formalités par lesquelles il faut passer pour arriver à une autorisation.

90. De ce que l'autorisation peut être limitée à un seul acte, il suit, qu'à plus forte raison, elle peut être limitée à une certaine nature d'opérations, et que les parents du mineur, en lui conférant la capacité commerciale, peuvent déterminer le genre de commerce qu'il pourra entreprendre. Nous reviendrons bientôt sur les conséquences de cette règle ([3]).

([1]) M. Pardessus, n. 37.
([2]) Cod. com., 3.
([3]) Voy *inf.* n. 94 et suiv.

91. C'est une question assez grave que celle de savoir si l'autorisation donnée au mineur de faire le commerce peut être révoquée. Il n'est pas douteux d'abord que cette autorisation ne peut pas lui être retirée directement et suivant le caprice des parents qui la lui ont donnée. Pour que le mineur puisse tirer un parti utile de cette autorisation, il faut qu'il ait une position assurée et qui ne soit pas à la merci de la volonté des tiers. Personne ne voudrait contracter avec lui, si sa capacité d'aujourd'hui ne devait pas être celle de demain. Aussi la question consiste-t-elle principalement à savoir si l'autorisation peut lui être retirée indirectement par le retrait du bénéfice de l'émancipation. La difficulté provient, d'une part, de ce que l'autorisation de faire le commerce ne peut être donnée, comme nous l'avons déjà vu (1), qu'au mineur émancipé; et, d'autre part, de ce que le mineur émancipé, dont les obligations ont été réduites par les tribunaux pour cause d'excès (2), peut être privé du bénéfice de l'émancipation qui lui est retirée, en suivant les mêmes formes que celles qui ont eu lieu pour la lui conférer (3); et de là on a conclu que le retrait de la capacité de faire le commerce était une conséquence du retrait de l'émancipation, sauf à donner à cette révocation indirecte toute la publicité que l'autorisation avait reçue (4).

Quelque logique que soit cette solution, elle n'en soulève pas moins plus d'une objection. On peut dire que la révocation indirecte de l'autorisation de commercer produit les mêmes effets que si elle était directe, et trouble au même de-

---

(1) *Sup.* n. 85 et suiv.
(2) C. civ., art. 484.
(3) C. civ., art. 485.
(4) M. Delvincourt, *Droit civil*, t. I, p. 318, *notes*; M. Pardessus, n. 38.

gré la sécurité des tiers, puisqu'elle peut être jetée à travers une opération commerciale dont elle bouleversera tous les résultats; que cette révocation indirecte a même cela de particulier, qu'elle ne provient pas d'une cause commerciale, et que le commerce du mineur peut dès-lors se trouver interrompu pour des causes purement civiles. En effet, le retrait de l'émancipation ne peut avoir lieu que lorsque les tribunaux ont été appelés à réduire pour cause d'excès les obligations prises par le mineur. Or, comme nous le verrons bientôt, les obligations commerciales du mineur émancipé et autorisé à faire le commerce ne sont jamais réductibles : ses obligations civiles seules peuvent être réduites. Il pourra donc arriver que le mineur, auquel la loi a entendu laisser la plus grande liberté commerciale; qu'elle a, quant à son commerce, affranchi de tout contrôle, se trouve arrêté au milieu de ses opérations par suite du contrôle que la loi a maintenu sur ses opérations civiles, bien que, dans certains cas, ces opérations ne puissent exercer aucune influence sur sa position commerciale.

Mais on remarquera que ces objections seraient prises dans des considérations plutôt que dans la loi elle-même, dont les dispositions combinées conduisent à la révocation nécessaire de l'autorisation de faire le commerce, par suite du retrait de l'émancipation. On peut d'ailleurs répondre que le danger et les contradictions que renfermerait une révocation intempestive doivent disparaître dans l'application devant le soin avec lequel les tribunaux éviteraient de prononcer légèrement le retrait de l'émancipation, si ce retrait, qui est autant dans l'intérêt du mineur que dans l'intérêt des tiers qui traitent avec lui, devait compromettre ces intérêts. Et, d'un autre côté, si les obligations commerciales du mineur émancipé et autorisé ne sont pas réductibles, le devoir des

juges n'en est pas moins, quand ils sont saisis d'une demande en réduction des obligations civiles, de jeter un coup d'œil investigateur sur les obligations commerciales, dont la nature et le caractère influeront nécessairement sur la décision qu'ils sont appelés à rendre. De ce que les obligations commerciales ne sont pas réductibles, il en résulte seulement qu'une demande en retrait du bénéfice de l'émancipation ne peut être uniquement fondée sur ce que ces obligations auraient d'excessif (1); mais il n'en résulte pas que ces obligations ne puissent et ne doivent même être prises en considération, soit pour admettre, soit pour rejeter la demande en réduction fondée sur les obligations civiles.

Concluons de là que si l'autorisation de commercer donnée au mineur émancipé ne peut lui être retirée directement, ce retrait est une conséquence de celui du bénéfice de l'émancipation auquel il reste exposé à raison de ses obligations civiles.

92. Cette distinction entre les obligations civiles et les obligations commerciales du mineur autorisé à faire le commerce, suppose que l'autorisation ne l'habilite et n'augmente sa capacité que pour les actes commerciaux, tandis que sa position civile n'en éprouve aucun changement. C'est en effet ce qui résulte de l'article 48 du Code civil, et de l'article 2 du Code de commerce qui, en assimilant au majeur le mineur émancipé et autorisé à faire le commerce, n'étendent les effets de cette assimilation qu'aux engagements par lui contractés pour faits de commerce (2).

Toutefois cette restriction naturelle des effets de l'autori-

---

(1) Voy. M. Delvincourt qui paraît être, cependant, d'une opinion contraire, t. I, p. 518, *notes*.

(2) M. Locré, sur l'art. 2 cod. com.

sation, admise sous l'empire de l'ordonnance de 1673 (1), n'était pas généralement admise par les anciens docteurs italiens. *Minor exercens mercaturam*, disait Casaregis (2), *potest contrahere et se obligare ex quocumque contractu, licet illius obligatio, vel contractus non respiceret mercaturam, vel ex causâ mercaturæ factus non sit.* Ansaldus, au contraire, dont cependant Casaregis invoquait l'opinion, ne reconnaissait aux mineurs commerçants une capacité suffisante pour s'obliger que relativement aux actes concernant leur commerce, *dummodò concernant ipsam mercaturam* (3).

C'est cette dernière opinion qui a prévalu et qui devait prévaloir. L'autorisation accordée au mineur émancipé de faire le commerce est spéciale, et non pas générale. Elle ne l'habilite donc pas pour tous les actes de la vie civile, mais seulement pour ceux auxquels elle se rapporte.

93. Mais on peut se demander si, lorsqu'aucune cause n'est exprimée dans l'engagement souscrit par un mineur autorisé à faire le commerce, la cause doit être présumée commerciale, sauf la preuve contraire par ceux qui ont intérêt à n'y voir qu'un engagement civil; ou bien si, au contraire, on doit y présumer une cause civile.

Il faut distinguer entre les actes qui ont une forme essentiellement commerciale, ou qui par eux-mêmes constituent un acte de commerce, et ceux qui ont une forme civile.

Dans le premier cas, la forme de l'acte et le caractère commercial que cette forme lui attribue, fait supposer une cause commerciale. Le mineur commerçant qui souscrit des lettres

---

(1) Jousse, sur l'art. 6 du titre 1 de l'ord.; Bornier, *Ibid.*; Toubeau, p. 358.

(2) *Disc.* 181, n. 4.

(3) *Disc. gen. de comm.*, n. 88.

de change ou des billets à ordre, qui s'oblige par compte courant, faisant des actes commerciaux, ou tout au moins contractant des engagements dont la forme est commerciale, est présumé s'engager pour le fait de son commerce, tant que le contraire n'est pas judiciairement établi.

Mais il en est autrement quand il s'agit d'engagements qui ont une forme purement civile; la cause commerciale ne se présume pas, et c'est aux parties intéressées qui l'alléguent à la prouver, parce qu'on est fondé à conclure de la forme à la cause (1). On objecterait vainement en faveur de la présomption contraire qu'on doit, dans le doute, attribuer à l'acte plutôt une cause conforme à la capacité du mineur et relative à ses besoins commerciaux, qu'une cause étrangère qui l'empêcherait d'être valable : *In dubio et donec de contrario non doceatur*, dit Ansaldus (2), *mutuum præsumitur suscriptum in causam seu ex causâ mercaturæ, quia nimirum illa applicatio quam adhibet ergà negotium, cujus ratione dari solet indigentia pecuniæ prævalet improvidæ dissipationi referibili ad alium titulum vel causam.* Sans doute quand il s'agit d'apprécier un acte, il faut le considérer sous le point de vue qui le rend valable, plutôt que sous le point de vue qui l'annulle, *potius ut valeat, quàm ut pereat.* Ce n'est pas cependant une raison pour présumer une cause commerciale à un acte que sa forme range parmi les actes civils quand rien n'empêchait d'exprimer la cause commerciale, si réellement elle existait. Il est bien vrai, et c'est là une autre objection faite par M. Delvincourt, que l'article 632 du Code de commerce répute actes de commerce toutes obligations entre négociants,

---

(1) M. Pardessus, n. 62; M. Locré sur l'art. 2 cod. com.; M. Dageville, sur le même article.

(2) *Disc. gen.*, n. 91.

(3) Tom. I, p. 319, *notes.*

marchands et banquiers, sans distinguer si elles ont une forme civile ou une forme commerciale. Mais cette présomption n'a lieu qu'à l'égard des commerçants majeurs qui sont capables pour les actes civils comme pour les actes commerciaux. Quant au commerçant mineur qui n'est capable que pour les actes commerciaux, c'est à celui qui veut se prévaloir des actes du mineur à établir sa capacité, quand les actes eux-mêmes n'en renferment pas la preuve, et conséquemment à prouver qu'ils ont pour cause le commerce de ce mineur.

94. En nous résumant donc sur les différents points qui précèdent, il en résulte que, dans l'état actuel de la législation, les mineurs émancipés peuvent faire le commerce lorsqu'ils y sont spécialement autorisés dans la forme déterminée par l'article 2 du Code de commerce; que cette autorisation n'a d'effet que pour les actes commerciaux en général, ou pour les actes spéciaux auxquels elle se rapporte; enfin, que les actes du mineur autres que ceux dont la forme est commerciale, sont présumés avoir une cause civile, tant que le contraire n'est pas prouvé.

95. Ici se place une question qui n'est pas sans difficulté. C'est celle de savoir si le mineur autorisé à faire le commerce est par cela même autorisé à s'associer avec un tiers pour faire ce commerce.

Il n'est pas douteux d'abord que l'autorisation de faire le commerce pouvant être limitée, on pourrait n'autoriser le mineur à faire le commerce qu'à la condition de le faire seul, et que cette restriction expresse devrait être respectée par le mineur.

Mais quand cette restriction n'est pas exprimée résulte-t-elle implicitement de la nature même de l'autorisation?

M. Delangle (1) se prononce pour l'affirmative. « L'autorisation, dit-il, est un mandat, et à ce titre, elle ne peut être étendue au-delà de ses termes. C'est pour faire un commerce déterminé et pour le faire seul que le mineur reçoit de sa famille la capacité qui lui manque; il ne peut pas aller au-delà..... lui reconnaître le droit de s'associer à son gré, même pour son commerce, c'est le livrer tout entier aux dangers que l'inexpérience entraîne. Rien n'est plus difficile que le choix d'un associé.... un mineur ne suffit pas à cette étude. Ignorant de tout et sans défiance, comme on est quand la vie commence, il n'éviterait aucun des pièges tendus à sa bonne foi, si sa famille ne se plaçait près de lui pour guider ses pas.... » D'où cet auteur conclut, que c'est à la famille qu'il appartient de décider s'il convient d'ajouter au mandat qu'elle a donné précédemment un mandat nouveau. Je ne saurais partager cette opinion un peu sentimentale, qui me paraît reposer sur une fausse appréciation de la nature de l'autorisation donnée au mineur de faire le commerce.

Si l'autorisation de faire le commerce est un mandat, c'est un mandat qui est général dans sa spécialité, et qui, embrassant tous les actes relatifs au commerce en général, ou à un certain commerce en particulier, donne au mineur, pour tous ces actes, une capacité égale à celle du majeur. Tant que le mineur se renferme dans le commerce qu'il est autorisé à faire, il n'excède pas les bornes de sa capacité; et il est évident qu'il ne fait pas autre chose que ce commerce, quant au lieu de le faire seul, il s'associe un tiers avec lequel il fait les mêmes opérations qu'il eût pu faire seul. Le mineur qui peut acheter seul une partie de marchandises, les revendre seul, et profiter seul du bénéfice de la revente, peut, par la même

(1) *Des sociétés commerciales*, t. I, n. 58.

raison, faire cette suite d'opérations de compte à demi avec une autre personne. Les circonstances peuvent le forcer de recourir à cette manière de procéder qui lui donne les moyens d'entreprendre avec le secours d'un tiers ce qu'il n'aurait pu entreprendre seul. Cependant, en agissant ainsi, il contracte une société momentanée et passagère, une association en participation (1); et il ne peut entrer dans l'idée de personne de lui refuser l'usage d'une manière d'opérer qui est un des expédients les plus ordinaires du commerce.

En sera-t-il autrement, lorsque la société ou l'association, au lieu d'être formée pour une seule opération, sera formée pour deux ou pour plusieurs, et pour une suite d'affaires du même genre? Je ne saurais le croire. La multiplicité des faits n'en change pas la nature. Il ne faut pas plus de capacité pour faire une chose vingt fois que pour la faire une seule. Sans doute, une société proprement dite, formée pour une suite d'affaires, peut présenter plus de dangers qu'une association plus ou moins passagère et qui n'a pour objet qu'une seule opération. Mais est-ce que le commerce lui-même, qui se compose d'une multitude d'opérations, dont la variété exige une aptitude également variée, ne présente pas de dangers? Si les parents d'un mineur l'autorisent à faire le commerce, c'est qu'ils le supposent capable d'éviter ces dangers et de les combattre; c'est que le mineur n'est pas « ignorant de tout, et sans défiance comme lorsque la vie commence »; autrement ils ne l'auraient pas autorisé à faire le commerce. S'ils l'ont cru capable de faire le commerce, ils l'ont nécessairement cru capable de s'associer pour le faire. C'est ce qui a été jugé avec raison par la Cour de Caen, le 11 août 1828 (2).

(1) Cod. com., art. 50.
(2) S. 50, 2, 523; Dalloz, 31, 2, 19.

96. Il s'est présenté une autre question : c'est celle de savoir si l'autorisation générale de faire le commerce donnée par un père à son fils mineur, laisse au père le droit de contracter lui-même une société de commerce avec le mineur. Dans cette hypothèse, on reconnaît que le fils mineur autorisé à faire le commerce, peut contracter une société avec un tiers; mais on demande si ce contrat, pour lequel le mineur est capable, peut se former entre le père et le fils. La négative a été jugée par un arrêt de la Cour de Douai du 21 juin 1827 (1). Cet arrêt considère « que l'autorisation de faire le commerce n'étant exigée que dans l'intérêt du mineur, ne peut légalement émaner d'une personne intéressée, et de la partie même qui traite avec lui; qu'il est de principe en droit, que nul ne peut être auteur dans sa propre cause; d'où il suit que, dans l'espèce, le père n'a pu valablement autoriser son fils à contracter avec lui-même, puisque, dans la réalité, c'est bien moins celui qu'on autorise qui contracte, que celui de qui l'autorisation émane; et qu'un père qui autorise son fils mineur, n'agit que comme le représentant légal de ce dernier; qu'il est vrai de dire par conséquent que, dans de pareilles circonstances, le père devait être regardé, relativement à l'autorisation, comme n'existant pas, et qu'on devait recourir au conseil de famille; — Considérant d'ailleurs, ajoute l'arrêt, qu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes qui ne permettent pas de douter que l'autorisation, quoique donnée dans des termes généraux, ne l'ait été que dans la vue d'habiliter le mineur à faire le commerce avec son père et à s'associer avec lui.... »

Il y avait, dans l'espèce de cet arrêt, des circonstances de fait qui permettaient de penser que le père, dont les affaires

(1) S. 28, 2, 39.

étaient dérangées, n'avait autorisé son fils à faire le commerce et ne s'était associé avec lui que pour rétablir sa fortune aux dépens de celle du mineur. Dans cet état de choses, l'autorisation et l'association qui en avait été la suite, pouvaient être considérées comme frauduleuses, et c'était assurément le cas de les annuler, dans l'intérêt du mineur ou de ses représentants.

Cette concession une fois faite, je ne crois pas qu'en thèse générale, on soit fondé à décider que le père qui a autorisé son fils à faire le commerce, ne puisse pas contracter une société avec lui, et qu'il faille, pour valider cette société, recourir à une autorisation spéciale du conseil de famille. La décision de la Cour royale de Douai repose sur des raisons qui n'ont rien de juridique. Peu importe, en effet, que l'autorisation émane d'une personne intéressée et de la partie même qui plus tard contractera avec le mineur, si d'ailleurs l'intérêt du père qui autorise n'a rien de contraire à l'intérêt du mineur autorisé. Sans doute personne ne peut être auteur dans sa propre cause, en ce sens qu'on ne peut se faire un titre à soi-même. Mais cette objection suppose que l'association n'a eu lieu que dans l'intérêt du père et contrairement à l'intérêt du fils; car il est manifeste que si l'association a lieu dans l'intérêt du fils, et c'est là le cas le plus ordinaire, l'autorisation aura pour but de créer un titre au fils plutôt qu'au père. Il y a, d'ailleurs, dans le père qui, sans fraude, autorise son fils mineur à faire le commerce, deux personnes distinctes : au père qui, en autorisant son fils, a abdiqué une partie de son pouvoir paternel, succède l'individu capable de s'obliger avec tous ceux qui en sont également capables, et qui, en habilitant son fils, n'a pas entendu abdiquer cette capacité. La société que le père et le fils contractent ensemble n'a donc rien de contraire aux principes du droit : ajoutons qu'elle n'a rien de

contraire au texte même de nos lois civiles et commerciales; et que l'expédient indiqué par l'arrêt que je combats, de faire intervenir le conseil de famille pour autoriser le fils à contracter une société avec son père, serait lui-même contraire à la volonté très expresse de l'article 2 du Code de commerce, qui, en cette matière, n'a recours au conseil de famille qu'à défaut du père et de la mère.

Qui ne voit, d'ailleurs, que si on refusait au père et au fils la faculté de s'associer, il faudrait logiquement leur interdire la faculté de faire ensemble tout autre contrat commercial, puisque les motifs invoqués contre l'association s'appliqueraient également à toutes les autres transactions que le fils n'eût pu faire s'il n'eût reçu l'autorisation de commercer ?

97. Il nous reste à voir quels sont les effets de cette autorisation, relativement aux actes ou aux faits du commerce du mineur.

La règle générale, en cette matière, nettement posée par l'article 487 du Code civil, et par l'article 2 du Code de commerce, est que le mineur émancipé qui fait le commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce.

Il suit de là que les engagements des mineurs, pour fait de commerce, sont régis, quant à leurs formes et quant à leurs conséquences, par les mêmes règles que les engagements des majeurs.

98. Quant à la forme, ils peuvent s'engager seuls et sans l'assistance de leur tuteur ou de leur curateur, pour tout ce qui concerne leur commerce, et sans avoir à observer les formalités qui, en pareil cas, sont imposées aux mineurs émancipés ou non émancipés. Dès qu'ils sont réputés majeurs, il faut bien qu'ils puissent agir comme tels. *Minores exercentes*

mercaturam, disait Casaregis (1), *possunt contrahere absque solemnitatibus statuti.* L'autorisation qui leur est donnée de faire le commerce, équivaut à une approbation et à une assistance anticipée pour tous les actes que ce commerce rend nécessaires : *Eo ipso quod proximiores vel judices non curant minorem filium familias vel mulierem amoveri ab illâ publicâ negotiatione,* disait très bien Ansaldus (2), *censentur eam approbasse preventivè pro omnibus actibus et contractibus quos in consequentiam necessariam trahit ipsa negotiatio.*

Le mineur ne cesserait d'avoir la capacité nécessaire pour contracter seul, que dans les cas pour lesquels la loi lui aurait adressé une prohibition expresse : *Quando statutum loquitur prohibitivè* (3). Nous verrons plus tard un exemple d'une prohibition de cette nature (4).

99. Quant au fond, ou quant aux conséquences du contrat, elles sont les mêmes pour les mineurs commerçants que pour les majeurs.

100. Ainsi, le mineur contre lequel, en matière civile, la contrainte par corps ne peut, en aucun cas, être exercée (5), même lorsqu'il est émancipé, devient soumis à cette voie d'exécution s'il a été autorisé à faire le commerce (6). C'est ce qui a été jugé sous l'ancien droit, notamment par un arrêt du 30 août 1702, confirmatif de deux sentences rendues au Consulat de Paris, les 9 et 11 janvier précédent, contre un mineur commerçant, pour raison de lettres de change par lui souscrites.

---

(1) *Disc.* 100, n. 15. Voy. aussi *Disc.* 105, n. 18 et suiv.; et *Disc.* 181, n. 1. — Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 88 et 89.

(2) *Ibid.*

(3) Casaregis, *Disc.* 105, n. 20.

(4) Voy. *inf.*, n. 106.

(5) Cod. civ., 2064. — Voy. cependant tom. II, n. 356.

(6) Toubeau p. 350; Jousse sur l'art. 6, tit. 1 de l'ord.

101. Pareillement, la prescription qui, dans les cas ordinaires, ne court pas contre les mineurs (1), même émancipés (2), ou qui ne court contre eux que sauf leurs recours contre leur tuteur ou leur curateur (3), court toujours contre le mineur commerçant pour tous les faits relatifs à son commerce, sans qu'en aucun cas il ait un recours à exercer contre ceux qui sont préposés à la garde de ses affaires civiles.

102. Mais ce qui caractérise surtout la position du mineur commerçant et l'assimile complètement au majeur, c'est qu'il n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce, dans le cas où le majeur lui-même ne serait pas restituable (4). Peu importerait, en effet, que le mineur pût contracter valablement pour les besoins de son commerce, si les actes par lui faits, bien que valables en la forme, pouvaient être rescindés au fond comme ceux des mineurs ordinaires pour cause de simple lésion (5).

Ce privilège des mineurs commerçants, autrefois consacré par la législation des peuples commerçants du Nord et du Midi, ou approuvé par leurs usages (6), n'a pas été admis en France sans contradiction (7); et Chopin (8) cite un arrêt du Parlement de Paris, du 11 juillet 1585, qui a reçu un mineur commerçant à se faire restituer contre ses engagements. Néanmoins, le système de la non-restitution, qui avait fini

---

(1) C. civ., art. 2252. Voy. *inf.*, tit. 4, ch. 2.
(2) M. Troplong, *Prescript.*, n. 740.
(3) C. civ., art. 2278.
(4) C. civ., 1308.
(5) C. civ., 1305.
(6) Statut de Lubeck; Marquardus, lib. 3, cap. 9; Heineccius, *Elem. juris camb.*, cap. 3, § 3; Straccha, *De mercat.*, p. 371, n. 26.
(7) Labbé et Ragnau sur la coutume de Berry, cités par Toubeau, p. 351.
(8) *De morib. paris.*, liv. 2, tit. 1.

par prévaloir devant les Parlements (1), et auquel s'étaient rattachés presque tous les auteurs (2), fut définitivement consacré par l'article 6 du titre 1er de l'ordonnance de 1673, qui porte expressément que les marchands sont réputés majeurs pour le fait de leur commerce, et ne peuvent être restitués sous prétexte de minorité. Cette disposition, après avoir passé dans l'article 1308 du Code civil, a été complétée par le Code de commerce, qui établit la nécessité de l'autorisation; de telle sorte qu'à la différence de ce qui se pratiquait sous l'ordonnance, le mineur commerçant non-restituable n'est pas celui qui de fait exerce le commerce, mais celui qui a été régulièrement autorisé à l'exercer.

Il suit de là que le mineur qui se serait prévalu envers ceux avec lesquels il aurait contracté d'une autorisation qui n'existerait pas, serait néanmoins restituable contre les engagements qu'il aurait pris. Cette déclaration équivaudrait à une simple déclaration de majorité faite par le mineur, laquelle, aux termes de l'article 1307 du Code civil, ne fait point obstacle à la restitution. Ceux avec qui aurait traité le mineur auraient à se reprocher de n'avoir pas vérifié l'exactitude de sa déclaration, en se faisant représenter la preuve de l'enregistrement et de l'affiche de l'autorisation.

Si, au contraire, le mineur avait reçu une autorisation régulièrement affichée et publiée, mais nulle à raison d'un vice caché aux tiers et qu'il n'aurait pas été en leur pouvoir de connaître, par exemple, si l'autorisation énonçait une éman-

---

(1) Arrêts du parlement de Bretagne, du 7 mars 1599, et du parlement de Provence, du 14 juin 1667, et autres cités par Toubeau, p. 331 et 332.

(2) Bartole, sur la loi 1 au code *Qui et adversus quos*; La Thaumassière, sur Berry; Belordeau, *Controverses*, 3e partie; Boniface, liv. 4, titre 8, ch. 7.

cipation qui n'existerait pas, le mineur ne serait pas restituable : cette fausse énonciation constituerait de sa part un dol, ou tout au moins un quasi-délit; et il est de règle que le mineur n'est pas restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit [1].

103. Il est à remarquer que l'article 1308 du Code civil étend le bénéfice de la non-restitution au mineur artisan. Le mineur commerçant, banquier ou *artisan*, dit cet article, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son *art*. Or, comme nous l'avons déjà vu [2], un artisan peut être commerçant, mais un artisan n'est pas nécessairement commerçant. De là la question de savoir si l'article 1308 s'applique au simple artisan, ou bien seulement à l'artisan commerçant. Je pense qu'il s'applique au simple artisan, et je me fonde sur ce que cet article ne distingue pas seulement entre le *commercant* et l'*artisan*, mais aussi entre le *commerce* et l'*art*, ce qui démontre qu'il a eu en vue aussi bien l'art seul, abstraction faite du commerce qui peut s'y mêler, que l'art compliqué d'un commerce. C'est au surplus en ce sens qu'on entendait autrefois l'article 6 de l'ordonnance de 1673 : « Sous ce mot de marchands, dit Jousse [3], sont aussi compris les ouvriers et artisans, qui sont pareillement réputés majeurs, pour le fait de leur métier, lorsqu'ils ont l'âge de vingt ans accomplis. »

Mais faut-il pour cela que le mineur soit autorisé à exercer son art de la manière prescrite par l'article 2 du Code de commerce pour le mineur qui veut exercer le commerce? Je ne le pense pas. L'article 1308 du Code civil s'applique à la fois

---

(1) C. civ. 1310. M. Pardessus, n. 61.
(2) Tom. I, n. 19.
(3) Sur cet article.

au mineur commerçant et au mineur artisan, tandis que l'article 2 du Code de commerce est uniquement relatif au mineur commerçant. Le mineur artisan n'a donc pas besoin, pour jouir du privilège de l'article 1308 du Code civil, de remplir les formalités de l'article 2 du Code de commerce (1).

104. Enfin, une autre extension fort remarquable des droits du mineur autorisé à faire le commerce, c'est que tandis que les obligations contractées par le mineur émancipé, dans les limites de sa capacité, sont réductibles en cas d'excès par les tribunaux (2), celles du mineur commerçant doivent être maintenues dans leur entier, comme celles du majeur auquel il est assimilé.

105. Le mineur commerçant trouve donc en lui-même la capacité de s'engager seul, et aussi pleinement qu'un majeur pour raison de son commerce, soit en vendant et en achetant, soit en empruntant, soit en souscrivant des billets à ordre ou des lettres de change, soit en les endossant, sans pouvoir en aucun cas être admis à se faire restituer contre ses engagements, ou à les faire réduire.

Il peut même engager et hypothéquer ses immeubles. C'est là une conséquence naturelle de ce qu'il est considéré comme majeur, et de ce que pouvant emprunter, il doit pouvoir contracter tous les engagements accessoires sans lesquels il ne pourrait parvenir à réaliser l'engagement principal. C'était un point constant sous l'ancienne jurisprudence (3), et que la disposition expresse de l'article 6 du Code de commerce ne permet pas de mettre en question.

---

(1) M. Boileux, *Comment. sur le Code civil*, sur l'art. 487 ; t. 1, p. 356.

(2) C. civ., 484.

(3) Straccha, *De mercat.*, p. 372, n. 29 ; Jousse, sur l'art. 6, tit. 1 de l'ord.; Toubeau, p. 350.

Remarquons, au surplus, à cet égard, que le mineur commerçant qui aurait contracté une obligation hypothécaire dans laquelle il ne serait pas fait mention d'une cause commerciale, ne pourrait être reçu à se faire restituer contre cet engagement qu'autant que le créancier ne prouverait pas l'origine commerciale de la créance. Il n'est donc pas nécessaire, pour que l'hypothèque ait son effet, que la cause commerciale soit énoncée dans l'acte d'obligation : il suffit que cette cause existe. C'est ce qui résulte de la discussion qui s'est élevée au Conseil-d'État sur le sens et la portée de l'article 6 du Code de commerce ([1]).

106. Mais, si la faculté d'hypothéquer est une conséquence de la faculté de s'engager, qui ne pouvait être refusée au mineur commerçant, il en est autrement de la faculté d'aliéner ses immeubles, parce que si cette aliénation peut en certains cas être nécessaire pour le commerce du mineur et pour le mettre à même de remplir ses engagements, elle n'en est cependant pas la conséquence indispensable. Aussi l'article 6 du Code de commerce ne permet au mineur commerçant d'aliéner ses immeubles qu'en suivant les formalités prescrites par les articles 457 et suivants du Code civil, c'est-à-dire après un avis de parents, homologué par le tribunal civil, et aux enchères publiques devant le tribunal ou devant un notaire.

Sur ce point, d'ailleurs, plusieurs systèmes se sont trouvés en présence.

Sous l'ancien droit, on distinguait si l'aliénation de l'immeuble n'avait été faite par le mineur que sur la simple promesse d'en employer le prix dans son commerce, ou si le mineur avait aliéné ou cédé l'immeuble pour demeu-

---

([1]) Voy. M. Locré, sur cet article.

rer quitte du prix de la marchandise, qu'il devait à l'acquéreur ou qui lui était vendue par le même contrat. Dans le premier cas, on admettait le mineur à se faire restituer contre cette vente, à moins que l'acquéreur ne prouvât que le mineur en avait employé le prix dans son commerce, conformément à sa promesse. Dans le second cas, au contraire, on tenait l'aliénation pour légitime, parce que le mineur étant réputé majeur pour le fait de son commerce, devait pouvoir disposer de son bien pour ce même commerce. Toutefois Jousse [1] pensait qu'il était plus prudent, dans le cas d'aliénation d'immeubles, de prendre les précautions dont on use ordinairement avec les mineurs, c'est-à-dire de faire autoriser cette aliénation par une assemblée de famille.

Lors de la discussion qui eut lieu au conseil d'État sur l'article 6 du Code de commerce, on prétendit qu'en déclarant le mineur indéfiniment majeur relativement aux actes de son commerce, le Code civil l'avait affranchi de la nécessité d'obtenir l'autorisation de sa famille pour aliéner ses immeubles; que sans doute cette aliénation n'était valable que lorsque le prix en était employé au commerce du mineur; mais que lorsqu'il avait justifié de cet emploi, la loi n'avait plus rien à lui demander.

Mais on répondait avec raison, selon moi, que le Code civil, en déclarant que le mineur négociant est réputé majeur relativement à son commerce, ne faisait que le relever de l'incapacité de s'engager, ce qui entraînait sans doute la faculté d'hypothéquer ses immeubles pour sûreté de ses engagements commerciaux, mais non celle d'en disposer et de les aliéner seul, fût-ce pour en employer le prix dans son commerce; que c'était par exception que la loi relâchait en sa

---

[1] Sur l'art. 6 de l'ord.

faveur les liens de la minorité, et qu'il n'y avait aucune nécessité de lui accorder la faculté d'aliéner ses immeubles sans l'autorisation du conseil de famille, qui serait toujours juge des besoins du mineur et de l'utilité de l'aliénation [1].

C'est ce système qui devait prévaloir et qui a prévalu.

107. Cependant, de ce que le mineur commerçant ne peut aliéner ses biens que sous certaines conditions et en remplissant certaines formalités, il ne s'ensuit pas que ses créanciers civils ou commerciaux, dont ils sont le gage, ne puissent les faire vendre qu'en recourant aux mêmes formalités préalables.

108. Il y a plus : les créanciers commerciaux ne seraient pas obligés, avant de mettre les immeubles en vente, de discuter le mobilier, comme dans le cas où il s'agirait des biens d'un mineur émancipé ou non émancipé, non autorisé à faire le commerce [2]. Les créanciers civils seuls seraient tenus de faire cette discussion préalable. C'est encore là une conséquence de ce que le mineur commerçant est réputé majeur pour tous les faits relatifs à son commerce.

109. Nous avons vu plus haut que le mineur commerçant s'oblige valablement pour tout ce qui est relatif à son commerce. Il suit de là que lorsque les besoins de son commerce l'exigent, il peut s'obliger non-seulement dans son propre intérêt, mais aussi dans l'intérêt des tiers, en devenant leur caution. C'est ce qui a lieu lorsque le mineur endosse, pour les besoins de son commerce, une lettre de change ou un billet à ordre. Il fait là dans son intérêt propre une opération commerciale, tout en se rendant caution solidaire du paye-

---

(1) M. Locré, sur l'art. 6 code comm.
(2) Cod. civ., art. 2206 et 2207.

ment de l'effet. Le cautionnement qu'il peut donner dans une forme commerciale, quand il se rattache à son commerce, il peut également le donner dans une forme civile. Les droits du mineur dépendent ici de l'objet auquel il les applique, et non de la forme dans laquelle il les exerce. Mais le mineur commerçant ne pourrait cautionner une dette même commerciale, si cette dette était étrangère à son commerce particulier. Il y a un arrêt du parlement de Dijon, du 28 juillet 1614 (1), par lequel un marchand mineur qui avait cautionné un autre marchand, quoique pour marchandises, a été déchargé de son cautionnement, « parce qu'il ne suffit pas, dit Jousse, qui cite cet arrêt (2), que le mineur s'oblige pour marchandises quand elles sont pour le compte d'autrui; mais il faut qu'il s'oblige pour le fait de son commerce. »

Il suit de là que le cautionnement donné par le mineur pour une cause étrangère à son commerce serait sujet à restitution, lors même qu'il serait donné dans une forme commerciale : tel le cas où le mineur aurait apposé des signatures de complaisance sur des effets de commerce; avec cette différence que dans le cas où il s'agirait d'un endossement, qui constitue une manière directe de s'obliger personnellement, et qui ne renferme le cautionnement que d'une manière indirecte, il y aurait lieu de présumer qu'il a été souscrit pour le commerce du mineur, sauf à lui à prouver le contraire; tandis que s'il s'agissait d'un aval, qui ne peut jamais être considéré que comme un cautionnement, il y aurait lieu de consulter les circonstances pour en reconnaître la cause.

110. Observons que tous ceux qui se sont engagés envers le mineur commerçant ne peuvent jamais lui opposer son in-

---

(1) Bouvot, *Questions*, t. I, v° *Fidejusseur*, quest. 3.
(2) Sur l'art. 6 de l'ord.

capacité pour faire annuler les actes qu'ils ont faits avec lui : le mineur seul peut s'en prévaloir [1].

111. Il y a plus : lorsque le mineur est admis à se faire restituer contre les engagements qu'il a pris et qui excèdent sa capacité, ceux avec qui il a traité sont tenus de lui rembourser les sommes qu'il leur a payées, tandis qu'il n'est tenu de rembourser ce qui lui a été payé en vertu de ces engagements que lorsqu'il est prouvé que ce qui lui a été payé a tourné à son profit [2].

Ceux qui traitent avec le mineur commerçant doivent donc non-seulement vérifier sa capacité et s'assurer s'il est autorisé à faire le commerce, mais encore ne pas se hasarder à contracter avec lui lorsque l'acte ne se rapporte pas au commerce du mineur, puisqu'ils se trouveraient exposés à voir le mineur provoquer l'annulation de l'acte, s'il n'en résultait pas pour lui les avantages qu'il en attend, tandis qu'ils seraient liés eux-mêmes par les engagements qu'ils auraient contractés, et que l'annulation ou la restitution admise dans l'intérêt du mineur ne remettrait pas toujours à leur égard les choses dans leur état primitif.

112. Pour terminer ce que j'avais à dire sur le mineur autorisé à faire le commerce, il reste à examiner la question de savoir si ses engagements commerciaux peuvent, lorsqu'il est insolvable, rejaillir contre ses père et mère ou autres qui l'ont autorisé.

La Thaumassière, dans son commentaire sur les coutumes du Berri et du Bourbonnais [3], dit que le père est tenu des engagements de son fils marchand, si celui-ci demeure et

---

(1) C. civ., 1125. Voy. *sup.*, n. 81.
(2) C. civ., 1312.
(3) Toubeau, p. 354.

exerce la marchandise au logis de son père, ou si, demeurant ailleurs, il l'exerce avec son consentement; parce que, dans le premier cas, il semble être son facteur, et que, dans le second, l'autorisation ou le consentement du père équivaut à un cautionnement. Il paraît, en effet que, d'après les statuts de Lucques et de Florence (1), le père qui permettrait à son fils de négocier, était tenu de payer ses dettes. Toubeau (2) cite même un arrêt du Parlement de Provence, du 31 juin 1633 (3), qui l'aurait ainsi jugé.

Pierre Lenoir, fils mineur de Denys Lenoir, marchand à Marseille, s'était établi à Alep en 1628; là il avait acheté des marchandises dont une partie notable avait été expédiée à son père. Il devait pour ces marchandises deux cent mille livres aux marchands du pays qui les lui avaient vendues. Vivement poursuivi à raison de cette somme qu'il ne pouvait payer, il s'adressa à André Guigonis qui le tira d'affaire en payant pour lui. Mais en même temps Guigonis se fit souscrire une obligation pour le montant des sommes qu'il avait déboursées. Plus tard, Guigonis assigna Lenoir père et fils; l'un comme obligé principal, l'autre comme responsable. Il prétendait avoir contre le père l'action *quod jussu* et l'action *de in rem verso :* l'action *quod jussu*, parce que c'était lui qui avait envoyé son fils à Alep pour y négocier; l'action *de in rem verso*, parce qu'il avait profité du négoce de son fils, en recevant ses marchandises. Il disait encore qu'il avait l'action *mandati*, parce que le fils devait être considéré comme le mandataire ou le facteur de son père.

Lenoir père niait qu'il eût autorisé son fils à s'établir à

---

(1) Voy. *ibid.*
(2) *Ubi sup.*
(3) Boniface, t. II. liv. IV, titre 17, ch. 2.

Alep et à y faire le commerce; il niait aussi que son fils eût été son facteur; et il soutenait qu'il n'avait jamais profité du commerce de celui-ci. Néanmoins, par l'arrêt précité, le parlement de Provence le déclara responsable.

On voit de suite que cet arrêt ne peut avoir aucune autorité sur la question actuelle; car rien ne prouve que la responsabilité admise contre le père ait eu pour principe l'autorisation que le père aurait donnée à son fils, plutôt que le mandat qui était allégué. Il est manifeste en effet, que si le fils était le facteur et le mandataire de son père, le père était tenu avec le fils des engagements que celui-ci avait pris pour l'exécution du mandat; et dans l'hypothèse d'un mandat, il n'y avait plus à s'occuper du point de savoir si l'autorisation donnée par le père au commerce de son fils, suffisait pour le rendre responsable des suites de ce commerce.

Je crois d'ailleurs qu'il n'y a rien à conclure aujourd'hui de la solution que la question aurait reçue autrefois. Dans les lieux où le statut local accordait un recours contre les père et mère du mineur commerçant, la loi empêchait qu'il n'y eût question. Dans les lieux, au contraire, où la loi et la coutume se taisaient aussi bien sur la responsabilité des père et mère qui n'empêchaient pas leur fils mineur de faire le commerce, que sur la nature et les effets de cette tolérance, on comprend qu'on ait pu voir dans cette tolérance même une sorte de garantie, et décider que les parents qui ne s'opposaient pas au commerce de leur fils mineur, s'engageaient tacitement à répondre pour lui. Le silence du législateur laissait le champ libre aux opinions et aux doctrines.

Mais aujourd'hui que la loi détermine la forme de l'autorisation qui rend le mineur capable et qui l'assimile au majeur pour tous les faits de son commerce; que cette autorisation est portée à la connaissance des tiers qui sont instruits

par là de la capacité du mineur, et de la liberté qui lui est donnée, je ne vois pas sur quel prétexte les créanciers du mineur commerçant se fonderaient pour exercer un recours contre ceux qui l'ont autorisé. Cette autorisation expresse, directe quoique générale, n'a d'autre objet que d'habiliter le mineur, de le rendre capable et de lui permettre d'agir à ses risques et périls. Elle ne saurait donc renfermer une soumission tacite de la part des parents à cautionner les faits pour l'accomplissement desquels le mineur est autorisé. On ne comprendrait pas comment cette autorisation, qui affranchit le mineur de tout contrôle relativement aux faits de son commerce, pourrait se concilier avec une garantie qui suppose nécessairement un droit de surveillance et d'examen.

Il faut donc décider que le mineur commerçant, qui s'engage pour son commerce, n'oblige que lui; et que ses obligations ne réfléchissent ni sur ses père et mère, ni, à plus forte raison, sur les autres parents qui l'auraient autorisé.

113. La faillite du mineur commerçant est régie par les mêmes règles et soumise aux mêmes effets que celle des commerçants majeurs. La faillite est une suite des engagements commerciaux, et comme, pour ces engagements, le mineur est réputé majeur, il doit subir toutes les conséquences actives et passives de la capacité exceptionnelle qui lui est attribuée.

114. Je passe maintenant à l'examen des questions commerciales qui intéressent le mineur non commerçant.

—

SECTION II. — DES MINEURS NON COMMERÇANTS.

SOMMAIRE.—115. Objet de la section II.—116. Capacité des mineurs non commerçants, relativement aux lettres de change et aux billets à ordre. — 117.. Pour contracter une société... Société en nom collectif. — 118... Association en participation. — 119... Société anonyme ou en commandite. — 120. Une société peut continuer avec les héritiers mineurs de l'associé décédé. — 121. Dans ce cas le mineur ne devient pas commerçant. — 122. L'héritier mineur reste également associé dans une société anonyme ou en commandite. — 123. Droits du mineur relativement à la propriété littéraire. — 124... A la propriété littéraire et aux brevets d'invention. —125. Un mineur peut-il être partie à un contrat d'assurances? — 126. Le mineur peut-il donner un mandat? — 127. Peut-il être mandataire? — 128. Le mineur peut-il compromettre?— 129. Le mineur peut-il louer ses services? — 130... S'engager dans la marine marchande? — 131. Age requis pour remplir certains grades.

115. Nous avons posé au commencement de ce chapitre le principe général de l'incapacité du mineur; et nous avons vu ensuite que cette incapacité cesse, relativement et en partie, quand le mineur est autorisé à faire le commerce.

Il nous reste à rechercher maintenant la capacité du mineur relativement à quelques actes, qui revêtent d'une manière plus ou moins complète le caractère commercial, et à examiner si, quand le mineur n'est pas spécialement autorisé à faire le commerce, il peut faire ces actes avec l'autorisation de son tuteur ou du conseil de famille.

116. Aux termes de l'article 114 du Code de commerce, les lettres de change souscrites par les mineurs non négociants sont nulles à leur égard. Il suit de là, que la seule autorisation qui puisse habiliter le mineur, même émancipé, à souscrire, ou, ce qui revient au même, à endosser des lettres de change ou des billets à ordre [1], est celle de faire le commerce, et qu'on ne pourrait faire résulter une autorisation suffisante de l'assistance du tuteur ou du curateur.

---

[1] C. com., 187.

D'anciens auteurs paraissaient, il est vrai, accorder aux mineurs, même non commerçants, la faculté de souscrire des lettres de change ([1]); d'autres, plus modernes, tout en reconnaissant leur incapacité, ne leur accordaient que le droit de se faire restituer ([2]), ce qui les mettait dans l'obligation de prouver une lésion quelconque. Mais aujourd'hui les lettres de change souscrites par les mineurs sont radicalement nulles à leur égard, sauf, ajoute l'article 114, les droits respectifs des parties conformément à l'article 1312 du Code civil; c'est-à-dire que, sans avoir à prouver aucune lésion résultant du contrat, le mineur a le droit de répéter ce qu'il a payé tandis qu'il n'est tenu de rendre ce qu'il a reçu qu'autant que la somme a tourné à son profit ([3]).

Du reste, la nullité de la lettre de change souscrite par un mineur lui est purement personnelle, et l'effet reste valable pour les autres signataires ou endosseurs, coobligés du mineur et ses cautions solidaires. C'est là une application de ce principe de droit consacré par l'article 2012 du Code civil, qu'on peut cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple, dans le cas de minorité. « *Hæc personæ inhabilitas quæ inficit cambium contractum ab ipsâ personâ inhabili*, dit Scaccia ([4]), *non se extendit ad fidejussorem, seu mandatorem habilem, quia is intelligitur obligatus, uti principalis et in solidum; quare si quis supra se pro alio, seu computo alterius tractam aliquam fecerit, vel quid solvi, aut credi man-*

([1]) Titius, *Jus privat.*, lib. XX, cap. 5, § 10.

([2]) « *Illorum enim cambia non planè nullius momenti sunt; his verò læsis competit beneficium restitutionis in integrum.* » Heineccius, *Elem. juris. camb.*, cap. 5, § 5.—Pothier, *Du contrat de change*, n. 28.

([3]) Code com., 114; c. civ., 1312.

([4]) *De comm. et camb.*, § 1, *quæst.* 7, lim. 17, n, 8.

daverit, vel ordinem aliquem observari ordinaverit, exceptionem aliquam vel defensionem ex personâ ipsius principalis allegare non poterit, ut puta quod principalis esset minor, vel fœmina aut aliàs quoquo modo inhabilis. »

117. Nous avons vu plus haut comment le mineur émancipé, autorisé à faire le commerce, peut contracter une société. Quant au mineur non autorisé à faire le commerce, il faut distinguer.

S'il s'agit d'une société commerciale en nom collectif, le mineur, même émancipé, ne pourrait, quoique assisté de son tuteur ou autorisé par le conseil de famille, contracter une société de cette nature, à moins que l'autorisation qui lui serait donnée n'embrassât, dans ses termes et dans sa forme, l'autorisation de faire le commerce. Une autorisation ordinaire telle que celle qui est requise pour l'aliénation ou l'engagement des biens du mineur, ne serait pas suffisante (1), parce que, en supposant qu'elle valût comme autorisation d'apporter en société, soit des immeubles, soit des valeurs mobilières, elle ne vaudrait pas autorisation pour les actes successifs et multiples que suppose une association qui ne se forme pas pour rester inactive, mais au contraire pour entreprendre et pour agir. Les anciens auteurs italiens admettaient, il est vrai, la possibilité d'une société contractée par un mineur autorisé, et dans la forme exigée par les statuts locaux, pour la validité des actes qui les intéressaient (2). Mais cette solution, qui pouvait être admise sous l'empire de statuts ou d'usages qui n'exigeaient même pas une autorisation expresse pour que le mi-

---

(1) C. c., 457.

(2) *Minor societatem contrahere non potest sine solemnitatibus statutariis*, dit Casaregis, *Disc.* 181, n. 15. — Il y a aussi une décision de la Rote de Rome dans le même sens, rapportée par Casaregis, *Disc.* 145, n. 22.

neur pût faire le commerce, ne saurait exercer aucune autorité aujourd'hui qu'il y a sur la capacité du mineur, d'autres règles avec lesquelles elle ne pourrait concorder.

118. Tout ce qui vient d'être dit serait également applicable, et par les mêmes motifs, au cas d'une association en participation.

119. Si, au contraire, il s'agissait d'une société anonyme ou d'une société en commandite, comme la prise d'une action ou d'une part d'intérêt dans les sociétés de cette nature n'engage que les capitaux qui y sont versés, le mineur émancipé qui peut disposer de ses capitaux avec l'assistance de son curateur (1), qui peut disposer seul de ses revenus (2), est capable, dans le premier cas, avec l'assistance de son curateur, et seul, dans le second, de prendre un intérêt dans une société en commandite ou dans une société anonyme; sauf, en cas d'excès, le droit qui appartient toujours aux tribunaux de réduire les obligations qu'il a contractées (3).

Quant au mineur non émancipé, il me semble hors de doute que son tuteur, qui a l'administration et la disposition, sous sa responsabilité, de sa fortune mobilière, peut, pour faire emploi de capitaux, acheter au nom du mineur des actions sociales dans des sociétés anonymes ou en commandite. Ce n'est là qu'un placement de fonds et non une association proprement dite.

120. Du reste, les principes qui viennent d'être exposés sur l'incapacité du mineur pour contracter une société en nom collectif ou une association en participation, cessent d'être applicables lorsque le mineur se trouve contraint à

---

(1) C. civ., 482.
(2) C. civ., 481.
(3) C. civ., 484. — M. Delangle, *Des sociétés commerciales*, t. I, n. 57.

rester intéressé, après le décès de son auteur, dans une société commerciale que celui-ci aurait formée en stipulant qu'elle continuerait avec ses héritiers [1]; l'héritier mineur se trouve alors forcément engagé dans la société.

M. Duvergier [2] a élevé des doutes sur ce point. Il se fonde sur ce que l'aliénation et l'administration des biens du mineur sont assujéties à une foule de formalités gênantes et coûteuses; que si l'on décide que la société continue, les opérations sociales seront entravées par l'accomplissement des formes applicables à l'état de minorité; et que les règles relatives aux mineurs seront violées si on néglige l'accomplissement de ces formes. Il est certain, ajoute-t-il, que si un héritier déjà admis au lieu et place de son auteur venait à être frappé d'interdiction, la société serait dissoute; il est, dès-lors, tout naturel que l'état de minorité empêche d'établir des rapports que l'état d'interdiction ferait cesser.

A ce dernier argument on peut répondre, avec M. Troplong [3], que l'interdiction d'un associé ne rompt la société que lorsqu'il n'a pas été stipulé qu'elle continuerait malgré ce changement d'état [4]. Dans un cas, comme dans l'autre, la société peut donc continuer avec l'héritier mineur, si telle a été la convention des parties. Il y a en effet une grande différence entre la constitution d'une société avec un incapable et la continuation avec un incapable d'une société déjà constituée avec des personnes capables de s'obliger. La so-

---

(1) M. Duranton, t. XVII, n. 473; M. Pardessus, n. 61; Liège, 26 juillet 1827, *Journal de Bruxelles*, 1827, 2e partie, p. 416. — Cet arrêt juge que l'art. 1868, C. civ., qui permet de stipuler qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, est applicable au cas où l'héritier de l'associé est mineur.

(2) *Du contrat de société*, n. 441.

(3) *Des sociétés*, n. 954.

(4) V. *inf.*, ch. 2.

ciété constituée avec un incapable est infectée, relativement à cet incapable, d'un vice originel qui empêche qu'à son égard il y ait eu contrat. Lorsque, au contraire, la société a été contractée entre personnes capables de s'obliger, qui sont convenues que le décès de l'un des associés ne dissoudra pas la société, mais qu'elle continuera avec les héritiers du décédé, la minorité de ces héritiers ne fait pas obstacle à la continuation. Telle a été la loi des parties, obligatoire pour les associés survivants comme pour les héritiers mineurs. Ceux-ci succèdent aux obligations sociales de leur auteur par l'effet de cette règle du droit commun qui, dans l'hypothèse prévue, est devenue une condition du contrat de société, qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention (1). Il peut y avoir des inconvénients à ce qu'une société continue avec un incapable; mais ces inconvénients ont été acceptés et prévus par les parties qui avaient sans doute leurs raisons pour les préférer aux inconvénients plus certains peut-être et plus nombreux d'une dissolution, qui viendrait à contre-temps rompre les relations sociales et jeter la perturbation dans des entreprises non encore terminées.

Il faut d'ailleurs avoir soin de remarquer que la présence d'un mineur dans une société déjà constituée ne peut jamais être un embarras pour le mineur, mais seulement pour ses coassociés, et pour les tiers; et que cet embarras lui-même est beaucoup moins grand qu'on ne se l'imagine. Sans doute, lorsqu'il s'agira d'aliéner les biens de la société dont une portion indivise appartient au mineur; lorsqu'il s'agira de transiger, il faudra suivre les règles spéciales aux mineurs;

(1) C. civ., 1122.

mais dans tous les cas de pure administration, les coassociés du mineur continueront de gérer la société comme par le passé. Il est vrai que cette gestion pourra obliger le mineur et lui imposer des dettes; mais c'est là une conséquence nécessaire de la continuation de la société. Et comme le mineur ne sera débiteur que parce que la société elle-même sera débitrice, on peut considérer la part du mineur dans les dettes sociales, même postérieures à l'ouverture de la succession qui l'a rendu associé, comme une charge de cette même succession.

121. Observons au surplus que le mineur devenu associé forcé, ne pouvant être considéré comme commerçant, s'il était tenu de quelques dettes, ce ne serait que civilement (1).

122. Si l'héritier mineur reste associé dans une société ordinaire ou en nom collectif, à plus forte raison reste-il associé lorsqu'il s'agit d'une société anonyme ou en commandite. Les considérations qu'on a invoquées dans le système que je viens de combattre, ne seraient même pas applicables dans cette dernière hypothèse.

123. Par cela seul qu'un mineur peut être auteur d'un ouvrage de l'esprit, il se trouve en possession des droits que la législation assure aux auteurs (2) sans avoir besoin d'aucune capacité civile, aussitôt qu'il a composé un ouvrage de cette nature. Mais, comme le fait très bien observer M. Renouard (3), pour recueillir les profits de ces droits, et en traiter avec les tiers, le mineur a besoin de l'assistance de son tuteur.

124. On doit décider de même pour le cas où le mineur

---

(1) M. Pardessus, n. 61.
(2) V. *inf.*, le Liv. IV.
(3) *Traité des droits d'auteurs*, t. II, p. 206, n. 91.

aurait fait une découverte ou une invention dans les arts, et dans l'industrie : il pourrait incontestablement obtenir un brevet d'invention. Mais alors le concours ou l'assistance de son tuteur lui seraient nécessaires non-seulement pour l'exploitation du brevet, mais aussi pour son obtention, qui ne peut avoir lieu sans la soumission préalable de l'impétrant à l'acquit de différentes taxes : soumission que le mineur ne pourrait consentir seul.

125. Un mineur peut-il être partie à un contrat d'assurances?

Le mineur autorisé à faire le commerce des assurances peut être assureur, soit en matière maritime, soit en matière terrestre : cela est sans difficulté (1).

Émerigon (2) accordait même cette faculté au mineur non commerçant. Mais cette solution, qui pouvait se concevoir sous l'empire d'une législation qui n'exigeait aucune autorisation pour habiliter le mineur à faire le commerce, ne saurait être admise aujourd'hui que l'autorisation de faire le commerce est exigée par les articles 2 et 3 du Code de commerce, aussi bien pour un acte isolé que pour un ensemble d'actes de même nature.

Il n'est pas douteux non plus que les mineurs autorisés à faire le commerce, étant capables de contracter pour les faits relatifs à leur commerce, peuvent être parties dans un contrat ayant pour but l'assurance des objets de leur commerce (3).

Quant aux mineurs non commerçants, il faut distinguer entre les mineurs non émancipés et les mineurs émancipés.

Le mineur non émancipé n'a pas la capacité suffisante pour se faire assurer, soit qu'il s'agisse d'une assurance maritime,

(1) Pothier, *Des assurances*, n. 21.
(2) *Des assurances*, ch. 4, sect. 1.
(3) Pothier, *ibid.*

soit qu'il s'agisse d'une assurance terrestre, parce que pour se faire assurer, il faut être capable de s'engager ([1]).

Mais le mineur émancipé qui a l'administration de ses biens, qui peut s'obliger pour des dépenses utiles ([2]), peut évidemment faire assurer ses biens meubles ou immeubles, puisque l'assurance est une mesure éminemment conservatoire. Il est vrai que l'assuré fait, en certains cas, le délaissement aux assureurs des débris de la chose assurée, ce qui peut être considéré comme un acte d'aliénation; mais en supposant que ce délaissement ne soit pas toujours facultatif de la part de l'assuré, il faut reconnaître que, même dans le cas d'assurances terrestres, il ne s'applique jamais qu'à des objets mobiliers, puisque les assureurs auxquels est fait le délaissement n'ont droit qu'au débris des constructions et non au sol; et que dès-lors ce délaissement n'excède pas la capacité du mineur émancipé, auquel la loi, en défendant d'aliéner ses immeubles, a implicitement permis d'aliéner ses meubles, sauf la réduction en cas d'excès des obligations qu'il aurait contractées ([3]).

Il faut même remarquer en ce qui touche l'assurance à laquelle aurait pris part, soit comme assureur, soit comme assuré, le mineur non émancipé, que la nullité n'en pourrait jamais être demandée par ceux avec lesquels il aurait contracté. Le mineur seul serait admis à se prévaloir de son incapacité ([4]); de telle sorte que s'il ne se plaignait pas, le contrat devrait être exécuté.

([1]) M. Quesnault, *Des assurances terrestres*, n. 129; MM. Grün et Joliat, *Assurances terrestres*, n. 29; M. Persil, *Assurances terrestres*, n. 114.

([2]) C. civ., art. 481 et 484.

([3]) C. civ., art. 484.

([4]) C. civ., 1125.

Il y a plus, le contrat, même à l'égard du mineur, ne serait pas absolument nul, mais seulement rescindable pour lésion. La restitution du mineur lésé (1) est en effet la seule conséquence de l'incapacité du mineur dans tous les cas où il s'agit d'actes pour lesquels la loi n'a pas tracé des formes spéciales à raison de la minorité des parties.

MM. Grün et Joliat, dans leur *Traité des Assurances terrestres*, tout en reconnaissant que le mineur non émancipé est incapable d'être partie à un contrat d'assurances (2), décident cependant que le mineur, qui n'est restituable qu'autant qu'il a été lésé, n'a pas, en cette matière, d'action en restitution, sous prétexte que le contrat d'assurances, à raison de sa nature aléatoire, n'est pas susceptible de résolution pour cause de lésion (3). Mais je ne crois pas qu'on doive admettre cette conséquence; car, en supposant qu'il fût vrai de dire que le contrat d'assurances n'est pas rescindable pour cause de lésion entre majeurs (4), cette solution ne pourrait être étendue aux mineurs, par cette raison bien simple que si on peut supposer que le majeur a voulu courir les chances d'un contrat où la prime était hors de proportion avec les risques, il en est autrement du mineur qui n'a jamais capacité pour contracter un engagement qui lui est préjudiciable (5).

126. Le mineur autorisé à faire le commerce peut donner et recevoir un mandat relatif à son commerce : cela est sans difficulté.

Mais le mineur non commerçant, s'il n'est pas émancipé,

(1) C. civ., 1305. Voy. *sup.*, n. 80.
(2) N. 29.
(3) N. 89.
(4) C'est ce que j'examinerai plus tard en parlant des contrats aléatoires.
(5) M. E. Persil, *Des assurances*, n. 114.

ne peut donner un mandat, même à une personne capable de le recevoir, puisque le mandataire représente le mandant, et qu'il est évident dès-lors que celui-ci, pour pouvoir donner un mandat, doit être capable de faire par lui-même l'opération dont il confie le soin à un autre (1).

Le mineur émancipé, au contraire, peut, par application du même principe, donner un mandat pour tout ce qu'il est capable de faire par lui-même.

127. Quant à la capacité de recevoir un mandat, elle est beaucoup plus étendue pour le mineur que celle de le donner. C'est le mandant qui agit par le ministère du mandataire : peu importe donc la capacité du mandataire, si le mandant est capable, puisque c'est lui et non le mandataire qui est obligé envers les tiers par les actes qui sont la suite et l'exécution du mandat. L'article 1990 du Code civil, en disposant que le mineur peut être choisi pour mandataire, ne parle, il est vrai, que du mineur émancipé; mais cette énonciation ne me semble pas devoir être entendue dans un sens restrictif, puisqu'il ne faut avoir égard ici qu'à la capacité du mandant qui est communiquée au mandataire, et non à l'incapacité personnelle du mandataire qui ne réagit pas sur le mandant (2).

Il faut bien remarquer, au surplus, que si le mandataire est capable de la même manière que le mandant, quand il traite avec les tiers au nom de celui-ci, il conserve la capacité ou l'incapacité qui lui est propre dans tous ses rapports avec le mandant, de telle sorte que celui-ci n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs (3). Si donc, par exemple, le

(1) M. Duranton, t. XVIII, n. 213.
(2) M. Duranton, t. XVIII, n. 212.
(3) C. civ., 1990.

mandataire mineur a détourné à son profit les sommes qu'il a touchées, le mandant n'a d'action contre lui pour la restitution que si la somme détournée a profité au mineur (1), ou bien encore jusqu'à concurrence des sommes dont le mineur émancipé pouvait disposer, eu égard à sa fortune (2).

128. Le mineur non émancipé n'ayant pas la libre disposition de ses droits, ne peut compromettre (3). Quant au mineur émancipé, il peut compromettre relativement à ceux de ses droits dont il a la libre disposition (4); et s'il est autorisé à faire le commerce, il peut compromettre sur toutes les choses relatives à ce commerce. Le tuteur même, autorisé par le conseil de famille, ne pourrait compromettre pour le mineur (5); il ne pourrait que transiger dans les formes prescrites par l'article 467 du Code civil.

129. Le mineur incapable de disposer de ses biens, l'est également quand il s'agit de disposer de sa personne; il ne peut donc régulièrement louer ses services sans l'assistance et le consentement de ses père et mère, ou, à leur défaut, de son tuteur, soit qu'il s'agisse de former un contrat d'apprentissage, soit qu'il s'agisse d'un service ordinaire. Toutefois, un louage de cette nature, contracté par un mineur, ne pourrait être annulé que sur sa demande, et seulement dans le cas où il éprouverait quelque lésion des suites de ses engagements (6), soit quant au prix stipulé, soit quant à la nature des services promis, soit quant à leur durée.

130. Par la même raison, les marins employés dans

---

(1) C. civ., 1312.
(2) C. civ., 484.
(3) C. pr., 1003.
(4) C. civ., 481.
(5) M. Carré, n. 2351; M. Mongalvy, *De l'arbitrage*, n. 269.
(6) C. civ., art. 1125 et 1305.

la marine marchande étant obligés de s'engager envers l'armateur ou le capitaine à fournir des services d'une certaine nature, il en résulte qu'un mineur ne peut naviguer sans le consentement de ses père et mère ou de son tuteur. Cela est sans difficulté pour le mineur qui n'est pas porté sur les registres de l'inscription maritime : ce mineur ne peut s'embarquer sur un bâtiment marchand en qualité de marin ou d'apprenti marin, sans y être autorisé par ses parents.

Quant au marin mineur qui est porté sur les registres de l'inscription maritime, et qui a eu besoin de cette autorisation pour pouvoir être inscrit, il est hors de doute, qu'il peut être requis pour le service des bâtiments de l'État sans autorisation nouvelle, puisque l'inscription maritime a précisément pour objet de soumettre les marins à cette réquisition. Mais il ne faudrait pas conclure de là qu'il puisse, sans autorisation nouvelle, s'embarquer pour le service de la marine marchande : ce service volontaire est distinct du service forcé sur les vaisseaux de l'Etat, et constitue dès lors un contrat pour lequel le mineur a besoin d'être autorisé aussi souvent qu'il se renouvelle. L'article 32 de la loi du 21 mars 1832, abrogatif de l'article 374 du Code civil, en défendant au mineur qui n'a pas vingt ans, de s'engager dans l'armée de terre ou de mer sans l'autorisation de son père et de sa mère, et à leur défaut, de son tuteur autorisé par le conseil de famille, laisse bien cette faculté au mineur qui a accompli sa vingtième année; mais cette faculté doit être restreinte à son objet qui est l'enrôlement direct pour le service public, et non à un engagement pour un service particulier, alors même que ce service particulier, en conduisant à l'inscription maritime qui n'aurait pas encore eu lieu, rendrait le mineur apte à un service public (1).

(1) M. Beaussant, *Code marit.*, t. I, p. 33.

131. Il y a d'ailleurs certains grades dans la marine marchande, dont les mineurs sont formellement exclus. Ainsi pour être pilote, capitaine au long cours, au grand ou au petit cabotage, il faut avoir vingt-quatre ans accomplis [1]. C'est là une condition d'âge et d'aptitude, dont on ne peut être relevé par aucune autorisation particulière.

—

SECTION III. — DE QUELQUES EFFETS PRODUITS RELATIVEMENT AUX MINEURS PAR DES ACTES COMMERCIAUX FAITS PAR DES TIERS.

SOMMAIRE. — 132. Objets de la section III. — 133. Du partage des sociétés lorsqu'il y a des associés mineurs. — 134. Le compromis passé entre majeurs est-il obligatoire pour leurs héritiers mineurs? — 135. Les héritiers mineurs des associés sont soumis aux arbitres forcés. — 136..... Même dans le cas où les associés ont renoncé à l'appel. — 137. Quelles prescriptions courent contre les mineurs? De la prescription de cinq ans établie contre les créanciers d'une société. — 138. Le créancier mineur d'un failli peut-il concourir au concordat? — 139. Oui, s'il est créancier chirographaire. — 140. Non, s'il est créancier privilégié, hypothécaire ou gagiste. — 141. De l'hypothèque légale du mineur en cas de faillite du tuteur.

132. Dans les deux sections qui précèdent, nous nous sommes occupés des actes faits par les mineurs; ici nous allons examiner, soit l'influence que peuvent avoir sur leur position certains faits ou actes commerciaux, à l'accomplissement desquels ils sont restés étrangers, mais qui cependant les intéressent à un degré plus ou moins élevé; soit les modifications que leur position imprime à ces faits ou à ces actes. Et bien que nous devions nous occuper plus tard des héritiers des commerçants, majeurs ou mineurs, nous dirons ici quelques mots sur plusieurs questions relatives aux héri-

---

[1] Déc. 3 brum. an IV, art. 9 et 10; arrêté du 11 therm. an X; ordonnance du 7 août 1825. — Il en était autrement jadis, suivant plusieurs législations italiennes. *Magister navis potest esse minoris ætatis*, dit Roccus, *De navibus*, note 3, n. 3.

tiers mineurs, questions dont il paraît naturel de rapprocher la solution des explications qui précèdent.

133. Nous avons déjà vu (1), que lorsqu'une société doit continuer avec les héritiers d'un associé décédé, l'état de minorité de ces héritiers n'est pas un obstacle à la continuation de la société. Pour compléter ce qui regarde les héritiers mineurs des associés, nous ajouterons que, dans le cas où il y a des mineurs au moment où il s'agit de procéder au partage de la société, ce partage doit se faire judiciairement dans les formes prévues par le Code civil et par le Code de procédure (2). Aussi a-t-il été jugé avec beaucoup de raison par la Cour de Rouen, le 16 juin 1806 (3), que bien que des associés soient convenus, qu'en cas de dissolution de la société, les immeubles seraient licités seulement entre eux, néanmoins, s'il y a des mineurs, la licitation doit nécessairement se faire en y appelant les étrangers, et suivant les dispositions des articles 460, 1686 et 1687 du Code civil.

134. Nous avons également vu (4), que les mineurs ne peuvent compromettre pour soumettre à des arbitres les contestations dans lesquelles ils sont intéressés.

Mais on peut se demander si le compromis passé entre majeurs est obligatoire pour les héritiers mineurs des contractants. Qu'il soit obligatoire pour les héritiers majeurs, c'est ce qui ne peut faire l'objet d'aucun doute, et c'est ce qui résulte d'ailleurs de l'article 1013 du Code de procédure, aux termes duquel « le décès, lorsque tous les héritiers sont majeurs, ne met pas fin au compromis. » Mais il résulte aussi de cet article, par un argument *a contrario*, que

(1) *Sup.*, n. 117 et suiv.
(2) C. civ., 1872.
(3) Dev. et Car. 2, 2, 156. Dalloz, 12, 98.
(4) *Sup.*, n. 128.

lorsqu'il y a des mineurs parmi les héritiers, le décès met fin au compromis; solution conforme d'ailleurs au système général du Code de procédure, qui défend de compromettre sur les contestations qui sont sujettes à communication au ministère public, aux nombre desquelles se trouvent celles qui intéressent les mineurs (1). Vainement, dirait-on que l'on est censé stipuler tant pour soi que pour ses ayants-cause. Cette règle de l'article 1122 du Code civil cesse d'être applicable, aux termes de ce même article, quand le contraire résulte de la nature de la convention. Si donc, en thèse générale, les obligations légalement contractées passent de la personne du défunt sur la tête de ses héritiers, cette transmission ne peut avoir lieu lorsqu'elle contrarie des règles d'ordre public, et lorsqu'elle viole les garanties spécialement accordées à une classe de personnes, ce qui a lieu, lorsque l'obligation est de telle nature qu'elle ne peut jamais être imposée à un héritier mineur (2). De là, il faut conclure qu'un compromis légalement passé entre majeurs prend fin par le décès de l'un des compromettants lorsqu'il se trouve des mineurs parmi ses héritiers. C'est ce qui a été jugé au rapport de M. Troplong, par la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation, le 28 janvier 1839 (3), dans une affaire où il s'agissait, il est vrai, d'une clause compromissoire et non d'un compromis proprement dit; mais les raisons de décider sont les mêmes dans l'un et l'autre cas.

135. Bien que les mineurs ne puissent compromettre, et que le compromis passé par leurs auteurs, devienne sans effet contre eux, cependant, quand un mineur se trouve in-

---

(1) C. proc., art. 83 et 1004.
(2) V. le rapport de M. Troplong dans l'affaire citée ci-après.
(3) Dev. et Car., 39, 1, 113.

téressé dans une société commerciale, contractée par son auteur, les contestations n'en doivent pas moins être portées devant des arbitres, parce qu'il s'agit alors d'arbitres forcés qui tiennent leurs pouvoirs non des parties, mais de la loi, et que la loi en imposant aux associés des arbitres pour juges ne fait aucune distinction entre les associés et leurs héritiers quels qu'ils soient (1). Seulement, dans ce cas, le tuteur ne pourrait renoncer pour le mineur à la faculté d'appeler du jugement arbitral (2), renonciation que le droit communp ermet aux majeurs.

136. Mais que décider dans le cas où, par une clause d'un acte de société commerciale, les associés se soumettraient à être jugés en dernier ressort et sans appel par les arbitres? Cette clause serait-elle obligatoire pour leurs héritiers mineurs?

Il me semble que la question se réduit à savoir, si cette clause constitue un compromis. Si elle constitue un compromis, il n'est pas douteux qu'elle ne peut être opposée aux héritiers mineurs des associés : c'est ce qui résulte directement des principes que nous venons de reconnaître et des conséquences que nous en avons tirées. Si, au contraire, cette clause ne constitue pas un compromis, il est assez difficile de voir pourquoi elle ne serait pas obligatoire pour le mineur, sur la tête duquel passent, en thèse générale, toutes les obligations contractées par son auteur.

Examinons donc si la clause par laquelle les associés renoncent à appeler du jugement arbitral est un compromis.

On peut dire, pour l'affirmative, que l'article 60 du Code de commerce donne le nom de compromis à l'acte par lequel

---

(1) C. com., art. 62; M. Locré, sur cet article.
(2) C. com., art. 63.

les associés nomment les arbitres forcés qui doivent les juger; d'où il peut sembler naturel de conclure qu'on doit donner la même qualification à l'acte par lequel les associés déterminent les pouvoirs de ces arbirtes.

Mais on peut répondre avec raison, selon moi, qu'il s'agit moins de savoir la dénomination que cet acte a reçue, que de déterminer d'après son but et son objet sa qualification légale. Si dans un langage plus ou moins usité, on donne le nom de compromis à toute convention sous seing-privé, en matière d'arbitrage le compromis est l'acte par lequel des parties maîtresses de leurs droits renoncent à la juridiction des juges ordinaires, c'est-à-dire, des juges que leur donne la loi, pour soumettre à des juges de leur choix le différend qui les divise. Or, en matière de société commerciale, les arbitres forcés étant les juges ordinaires des parties, ceux que la loi leur donne, il en résulte que les associés qui ne renoncent pas à cette juridiction spéciale pour soumettre leur différend à des arbitres volontaires, mais qui se bornent à renoncer d'avance à la faculté d'appeler du jugement arbitral, ne font pas plus un compromis proprement dit, que les parties qui, en toute autre matière soumise aux tribunaux ordinaires, renonceraient à l'appel du jugement à intervenir. De même donc, que cette renonciation à l'appel d'un jugement ordinaire serait obligatoire pour les héritiers mineurs du renonçant, de même aussi je ne vois aucune raison pour qu'elle ne soit pas obligatoire pour ces mêmes héritiers, quand, au lieu de s'appliquer à un jugement ordinaire, elle s'applique à un jugement arbitral. C'est encore en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation par un arrêt très fortement motivé du 9 mai 1837 (1).

---

(1) Dev. et Car., 37, 1, 369. — V., en sens contraire, M. Pardessus,

137. En règle générale, la prescription ne court pas contre les mineurs [1], sauf le cas où il s'agit de certaines prescriptions courtes établies par les articles 2271 et suivants du Code civil, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi [2].

Doit-on placer parmi ces cas exceptionnels la prescription de cinq ans à partir de la dissolution de la société, établie par l'article 64 du Code de commerce, contre les créanciers de la société, lorsque parmi ces créanciers il se trouve des mineurs?

M. Locré [3] se prononce pour la négative, sans justifier son opinion autrement qu'en citant M. Réal et le prince archi-chancelier qui, dans la discussion au Conseil-d'État sur l'article 64 du Code de commerce, soulevèrent la difficulté, sans qu'il apparaisse qu'elle ait alors reçu aucune solution. Il résulte en effet des procès-verbaux [4], que M. Réal demanda si la prescription de cinq ans courrait contre les mineurs; et que l'archi-chancelier répondit « que, de droit commun, la prescription était suspendue pendant la minorité, *contra non valentem agere non currit præscriptio ;* mais qu'il faudrait que la rédaction fît apercevoir ce principe. » Néanmoins, malgré le vœu émis par M. Cambacérès, l'article 64 ne reçut aucune modification en ce sens et fut admis avec sa rédaction primitive. Que faut-il conclure de là, sinon que la généralité des termes de l'article 64, qui établit une prescription courte, fort analogue à celles des articles 2271 et suivants

---

n. 1002; M. Mongalvy, *De l'arbitrage*, t. I, n. 518; et MM. Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés commerciales*, p. 371 et 372.

(1) V. *sup.*, n. 101. C. civ., art. 2252.

(2) C. civ., art. 2278.

(3) Sur l'art. 64 c. com.

(4) T. I, p. 332, n. 42.

du Code civil, comprend les mineurs comme les majeurs, ce que reconnaissait M. Cambacérès lui-même, puisqu'il voulait faire exprimer l'exception? De telle sorte que cette prescription devient un des cas d'exception prévus par l'article 2252 du Code civil, dans lesquels la prescription court contre les mineurs (1).

J'aurai, au surplus, l'occasion de revenir bientôt sur ce point, en traitant des héritiers des commerçants, et en exposant les principes qui régissent à leur égard les prescriptions commerciales (2).

138. Il peut arriver qu'un mineur soit créancier d'une faillite. Les créanciers d'une faillite sont souvent obligés de sacrifier une partie de leurs droits pour sauver le reste, et de faire avec le failli un concordat par lequel, moyennant la remise d'une partie de leurs créances, ils obtiennent l'espérance d'être plus ou moins prochainement payés du surplus. De là la question de savoir si un mineur, ou plutôt si le tuteur d'un mineur peut, sans autorisation du conseil de famille, prendre part à un concordat et faire ainsi une espèce de transaction sur les droits du mineur.

Il faut distinguer entre le cas où le mineur est créancier purement chirographaire, et le cas où le mineur est créancier hypothécaire.

139. Si le mineur est créancier chirographaire, le tuteur peut prendre part au concordat sans avoir besoin d'aucune autorisation particulière. Sans doute le concordat est une sorte de transaction, et en règle générale, le tuteur ne peut transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil

---

(1) M. Merlin, *Répert.*, v° *Sociétés*, suppl., t. XVII, p. 589; M. Pardessus, n. 1090.

(2) Voy. *inf.*, tit. 4, ch. 2.

de famille et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du roi près le tribunal de première instance; et il faut de plus que la transaction soit homologuée par le tribunal (¹). Mais le concordat se trouve dans des conditions toutes spéciales qui, non-seulement rendent inutile l'emploi de ces formalités, mais encore qui l'excluent.

Lorsque le Code civil entoure la transaction, faite par le tuteur au nom du mineur, de formalités propres à garantir les intérêts de ce dernier, c'est qu'il n'a pas d'autre moyen d'arriver à une espèce de certitude que la transaction ne lèse pas les intérêts légitimes du mineur, qui ne peuvent être vérifiés que par un examen spécial de l'affaire dans laquelle il est partie.

Dans un concordat, au contraire, le mineur a des intérêts communs avec ceux des autres créanciers, soit pour accepter, soit pour refuser le concordat. Le soin que les créanciers majeurs sont présumés apporter à leurs affaires est une garantie que celles du mineur seront bien faites. A quoi bon une autorisation du conseil de famille et un examen préalable qui viendraient faire double emploi avec la surveillance que ne manque pas d'exercer l'intérêt privé des majeurs avec lesquels le mineur fait cause commune? On peut en dire autant de l'homologation du tribunal civil, exigée pour les transactions ordinaires, qui est efficacement remplacée, pour le concordat, par l'homologation du tribunal de commerce (²). Les formalités prescrites par le Code civil sont donc ici complètement inutiles.

Mais il y a plus : l'emploi de ces formalités ne saurait concourir avec celles qui conduisent au concordat, dont les con-

---

(¹) C civ., art. 467.
(²) C. com., 513.

séquences pourraient se trouver en opposition avec le résultat des premières. Si l'on admet en effet la nécessité de l'autorisation prescrite par l'article 467 du Code civil, le tuteur auquel cette autorisation aura été refusée ne pourra pas prendre part au concordat. Cependant, le concordat sera voté par les autres créanciers, homologué par le tribunal de commerce et obligatoire pour tous les créanciers, aux termes de l'article 516 du Code de commerce. Décidera-t-on, dans cette occurrence, que le concordat ne sera pas obligatoire pour le mineur qui n'y a pas pris part? Mais cette décision serait contraire à la généralité des termes de l'article 516, et à toute l'économie du Code de commerce sur le concordat, qui est de faire passer tous les créanciers chirographaires sous un niveau commun; économie qui, dans ce système, serait nécessairement toujours rompue, puisque le mineur n'aurait qu'à se tenir à l'écart pour faire sa position meilleure et rendre plus mauvaise celle des autres créanciers. Décidera-t-on, au contraire, que le concordat sera obligatoire pour le mineur, quoiqu'il n'y ait pas pris part? Mais alors à quoi bon lui interdire de prendre part à un acte qui le liera, quoi qu'il fasse, et auquel, quoi qu'absent, il sera présumé avoir été partie?

Il est bien vrai que le concours du mineur au concordat peut donner l'appoint nécessaire pour compléter la majorité en nombre et en somme nécessaire à la formation du traité; et que, dans ce cas, on peut dire que sans le concours du mineur il n'y aurait pas eu de concordat, et conséquemment qu'il n'aurait pas été lié par un concordat qui n'aurait pas existé. Mais il est également vrai que le concours du mineur peut n'exercer aucune influence sur le concordat, qui serait également formé en sa présence comme en son absence. Tout dépend à cet égard du nombre des créanciers et du montant respectif de leurs créances. Or, je le demande, est-il pos-

sible de faire dépendre les droits du mineur de l'importance relative de sa créance et du nombre des créanciers? Est-il possible de décider que ce que son tuteur pourra faire dans un cas, une différence dans le chiffre relatif de sa créance lui interdira de le faire dans un autre? Un pareil résultat ne saurait être admis. Les droits et les obligations du tuteur représentant le mineur reposent sur des principes certains et absolus, et non sur des circonstances variables. Il peut toujours ce qu'il peut une fois; et il doit pouvoir faire un acte par lequel il serait lié comme s'il y avait été partie alors même qu'il n'y aurait pas concouru (1).

Voilà pour le cas où le mineur est créancier chirographaire.

140. Mais s'il est créancier hypothécaire, privilégié ou gagiste, il en est autrement.

Le concordat n'a lieu régulièrement qu'entre les créanciers chirographaires. Les créanciers hypothécaires, privilégiés ou gagistes, qui trouvent dans leur hypothèque, dans leur privilège ou dans leur gage, une garantie d'un payement intégral avant tous les chirographaires, n'ont pas ordinairement intérêt à descendre de leur position privilégiée pour aller se mêler parmi ceux qui ne peuvent invoquer en leur faveur aucune cause de privilège. Aussi les créanciers hypothécaires, privilégiés ou gagistes n'ont-ils pas, en cette qualité, voix délibérative au concordat. Il faut, pour pouvoir voter, qu'ils renoncent à leur privilège ou à leur hypothèque; et le vote au concordat emporte de plein droit cette renonciation (2).

Dans cet état de choses, on comprend que le mineur au-

---

(1) M. Pardessus, n. 1257; M. Laisné, *Des faillites*, p. 219.
(2) C. com., 508.

quel le concordat ne pourrait pas être opposé s'il s'était tenu à l'écart, n'ait aucun prétexte pour venir y prendre part, et pour faire par son concours à ce traité un acte qui implique renonciation à des causes de préférence et à des droits immobiliers qu'il ne peut aliéner sans l'observation des formes prescrites (1). Ces principes ont été récemment consacrés par un arrêt de la Cour de cassation du 18 juillet 1843 (2).

141. On sait que le mineur a une hypothèque légale sur les biens de son tuteur (3). Si le tuteur venait à faire faillite, cette circonstance n'empêcherait pas l'exercice de l'hypothèque légale du mineur. Les restrictions que le Code de commerce apporte aux droits des femmes sur les biens de leurs maris (4), n'ont pas lieu à l'égard des droits des mineurs sur les biens de leurs tuteurs (5).

—

CHAPITRE II.

DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE.

SOMMAIRE. — 142. Deux sortes d'interdiction : légale et judiciaire. Interdiction légale. Renvoi. — 143. Interdiction judiciaire. Ses effets. — 144. Sa durée. — 145. L'interdit ne peut faire le commerce. — 146. Un mineur peut être interdit. — 147. De la certitude de la date des actes faits par les interdits. — 148. *Quid*, quand il s'agit de lettres de change ou de billets à ordre ? — 149. Applicabilité des règles relatives à la tutelle. — 150. Du conseil judiciaire. — 151. Capacité de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. — 152. Peut-il faire le commerce ?

142. L'interdiction est la position du majeur qui, pour une cause naturelle ou légale, a été déclaré par la loi ou par

---

(1) C. civ., art. 457 et 467.
(2) Dev. et Car., 43, 1, 778.
(3) C. civ., art. 2121. V. *sup.*, n. 78.
(4) C. com., art. 557 et suiv. V. *inf.*, tit. 4, ch. 1.
(5) Grenoble, 7 juin 1834 (Dev. et Car., 34, 2, 438).

la justice, incapable d'exercer ses droits civils et assimilé au mineur sous le rapport de sa personne et de ses biens ([1]). L'interdiction est donc légale ou judiciaire. L'interdiction légale existe de plein droit par l'effet de la condamnation à certaines peines; l'interdiction judiciaire est prononcée par les tribunaux. Nous nous occuperons bientôt de l'interdiction légale ([2]); ici il n'est question que de l'interdiction judiciaire.

143. L'interdiction judiciaire doit être prononcée contre le majeur dont un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, lors même que cet état présente des intervalles lucides, affaiblit ou trouble les facultés intellectuelles au point de le mettre dans l'impossibilité de soigner par lui-même ses affaires, ou de le rendre dangereux pour les autres. Cette interdiction, poursuivie par les personnes auxquelles la loi donne le pouvoir de la provoquer ([3]), et prononcée par les tribunaux civils, place l'interdit sous la garde d'un tuteur dont les pouvoirs, les droits et les devoirs sont les mêmes que ceux du tuteur d'un mineur. Dans cet état, tous les actes passés par l'interdit, depuis le jugement d'interdiction, sont nuls de droit ([4]); quant aux actes antérieurs à l'interdiction, ils peuvent être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits ([5]).

Cette nullité est absolue, en ce sens que pour qu'elle soit prononcée par les tribunaux, il suffira que l'acte soit postérieur à l'interdiction, ou aux causes de l'interdiction, sans qu'il soit nécessaire de prouver, comme au cas de minorité,

---

([1]) C. civ., art. 509.
([2]) V. le chap. suiv.
([3]) C. c., art. 490, 491.
([4]) C. c., art. 502.
([5]) C. c., art. 503.

que l'interdit a été lésé. Mais elle est relative, en ce sens que la nullité ne peut jamais être prononcée que sur la demande de l'interdit ou de ses représentants (1).

144. L'interdiction ayant une cause naturelle qui maintient l'interdiction, tant qu'elle subsiste, il en résulte que l'incapacité de l'interdit est beaucoup plus absolue que celle du mineur, et que tandis que le mineur peut être habilité pour certains actes, l'interdit reste toujours pleinement incapable tant que les causes de l'interdiction n'ont pas cessé, et que les tribunaux n'ont pas prononcé la main-levée de l'interdiction (2).

145. L'interdit ne peut donc être autorisé à faire le commerce (3).

146. Et de là il faut conclure que l'interdit étant plus incapable que le mineur, le mineur lui-même peut être interdit s'il se trouve dans un cas d'interdiction (4).

147. Nous avons vu tout-à-l'heure que les actes faits par l'interdit postérieurement à l'interdiction sont nuls. Il ne peut y avoir aucune difficulté sur l'application de cette règle relativement aux actes authentiques, ou relativement aux actes sous seing-privé qui ont une date certaine (5). Ils sont nuls ou valables, suivant l'époque que leur assigne la certitude de leur date. Il ne peut non plus y avoir de difficulté relativement aux actes sous seing-privé qui portent une date

---

(1) C. c., art. 1125.

(2) C. c., art. 512.

(3) *Mercaturam exercere non possunt furiosi.* Straccha, p. 369, n. 18; Scaccia, § I, *quæst.* 7, *part.* 3, *limit.* 17, n. 3. — Straccha fait, à cet égard, une énumération de toutes les faiblesses de l'esprit qui excluent la capacité de faire le commerce : *dementes*, *prodigi*, *mente capti*, *fatui*, *lunatici*, *frenetici*.

(4) M. Toullier, t. II, n. 1314; M. Zachariæ, t. I, § 124.

(5) C. c., art. 1319, 1328.

postérieure à l'interdiction, puisque cette date ne pourrait être méconnue par les parties avec lesquelles l'interdit a traité.

Mais c'est une question que de savoir quel effet doivent produire les actes sous seing-privé qui n'ont pas de date certaine antérieure à l'interdiction.

En général, je crois que le défaut de certitude de la date est une circonstance dont l'interdit ou ses représentants peuvent se prévaloir pour prétendre qu'il y a eu antidate, et faire annuler l'acte comme étant en réalité postérieur à l'interdiction. Cependant, le défaut de certitude de la date n'équivaut pas à la certitude de sa fausseté. Si donc l'interdit peut se prévaloir de l'incertitude de la date pour être admis à en établir la fausseté, la partie avec qui il a contracté est, de son côté, recevable à en prouver la sincérité; et c'est dès-lors aux tribunaux qu'il appartient de déterminer, d'après les circonstances, les allégations et les preuves respectivement débattues, l'époque à laquelle l'acte a été fait [1].

148. Mais en serait-il de même s'il s'agissait de lettres de change ou de billets à ordre portant une date antérieure à l'interdiction? L'interdit ou ses représentants seraient-ils recevables à arguer de l'incertitude de la date pour demander à prouver que l'acte est en réalité postérieur à l'interdiction?

Je pense qu'il faut distinguer à cet égard entre les tiers-porteurs de bonne foi et le bénéficiaire de l'effet, c'est-à-dire celui au profit de qui a été souscrit le billet à ordre ou tirée la lettre de change.

En ce qui touche ce dernier, qui a contracté directement

---

[1] Cass., 8 mars 1836 (Dev. et Car., 36, 1, 236); M. Duranton, t. III, n. 772.

avec l'interdit, je crois que l'interdit est recevable à articuler et à prouver l'antidate de l'effet comme s'il s'agissait d'une obligation ordinaire, parce que s'il y a antidate, il y a une fraude à laquelle a personnellement concouru le bénéficiaire de l'effet, et dont il doit par conséquent supporter les conséquences.

Il en est au contraire tout différemment à l'égard des tiers-porteurs qui ont accepté l'effet de bonne foi, qui ignoraient peut-être l'interdiction du souscripteur, et qui, dans tous les cas, ont été autorisés à croire vraie la date d'un effet en circulation, dont la transmission leur était faite en vertu d'un endossement régulier. Dans ce cas, l'exception prise de l'incertitude est personnelle au bénéficiaire du billet à ordre ou de la lettre de change, et ne peut dès-lors être opposée aux tiers porteurs de bonne foi, d'après ce principe fondamental en matière d'effets négociables et transmissibles par voie d'ordre, que le porteur actuel n'est passible d'aucune des exceptions que le débiteur eût pu opposer à un porteur antérieur, parce que le porteur actuel se trouve le créancier direct du débiteur, sans qu'on doive avoir égard à la position particulière du porteur antérieur, duquel il est fait entièrement abstraction (1).

149. Du reste, dans le plus grand nombre des cas, et relativement aux actes ordinaires de la vie ou des affaires, l'interdit est assimilé au mineur. Presque toutes les règles ci-dessus exposées relativement aux mineurs, à leur incapacité et aux fonctions de leurs tuteurs sont donc applicables aux interdits.

150. A côté de l'interdiction se trouve une position analogue, quoique plus rapprochée de la capacité ordinaire :

---

(1) Paris, 10 avril 1831 (Dev. et Car., 31, 2, 288).

c'est celle des individus auxquels les tribunaux ont nommé un conseil judiciaire.

La nomination d'un conseil judiciaire a lieu dans deux cas : le premier est celui où la faiblesse et le dérangement de l'esprit d'un individu ne sont pas tels que son interdiction doive être prononcée; le second est le cas de prodigalité, c'est-à-dire l'état de celui qui dissipe habituellement son patrimoine en dépenses folles et inutiles (1).

151. Celui auquel a été nommé un conseil judiciaire se trouve dans une position qui a beaucoup de rapports avec celle du mineur émancipé. Ainsi, comme le mineur émancipé, il peut faire tous les actes d'administration; mais il ne peut ni ester en justice, soit en demandant, soit en défendant, ni transiger, ni emprunter, ni recevoir un capital mobilier et en donner décharge, ni aliéner les immeubles et les grever d'hypothèques sans l'assistance de son conseil judiciaire (2).

Tous les actes de cette nature faits par l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, sans l'assistance de son conseil, sont nuls comme les actes faits par l'interdit, et d'une nullité également absolue (3).

152. Il suit de là que cet individu ne peut faire le commerce, puisqu'on aurait de la peine à concevoir la possibilité d'une assistance aussi continue que l'exigerait la continuité des actes constitutifs d'un commerce sérieux et habituel. Mais les actes de commerce isolés qu'il ferait, avec l'assistance de son conseil judiciaire, seraient assurément valables, puisqu'il n'est incapable que lorsqu'il agit seul, et que l'assistance de son conseil l'habilite pour tous les actes que seul il ne pourrait faire.

---

(1) C. civ., art. 499 et 513.
(2) C. civ., *ibid.*
(3) V. *sup.*, n. 143 et suiv.

CHAPITRE III.

DE LA MORT CIVILE ET DE L'INTERDICTION LÉGALE.

SOMMAIRE. — 153. De la mort civile. Quand elle a lieu. — 154. Ses effets. — 155. Le mort civil peut faire le commerce. — 156. Obtenir un brevet d'invention ou des droits de propriété littéraire. — 157. Distinction entre les droits acquis avant et ceux acquis depuis la mort civile. — 158. Le mort civil peut-il compromettre? — 159. De l'interdiction légale.

153. La mort civile est une fiction légale, en vertu de laquelle un individu vivant est réputé mort (1). La mort civile résulte de la condamnation à certaines peines qui l'entraînent de plein droit et dont elle est la conséquence nécessaire. Ces peines sont la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, et celle de la déportation (2). Lorsque la condamnation est contradictoire, elle emporte la mort civile à compter du jour de son exécution, soit réelle, soit en effigie (3); lorsque la condamnation est par contumace, elle n'emporte la mort civile qu'après les cinq années qui suivent l'exécution du jugement par effigie, et pendant lesquelles le condamné peut se représenter (4).

154. Par la mort civile, le condamné, aux termes de l'article 25 du Code civil, perd la propriété de tous les biens qu'il possédait; sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus, de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament; il ne peut plus reccueillir aucune succession, ni transmettre à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite; il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation

(1) M. Zachariæ, t. I, § 162.
(2) C. civ., art. 23 et 24; C. pén., art. 18.
(3) C. civ., art. 26.
(4) C. c., art. 27.

entre vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments; il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opérations relatives à la tutelle; il ne peut être témoin dans un acte solennel ou authentique, ni être admis à porter témoignage en justice; il ne peut procéder en justice ni en défendant, ni en demandant que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée; il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil; le mariage qu'il avait contracté précédemment est dissous quant à tous ses effets civils; enfin, son épouse et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture.

155. C'est là comme on le voit une privation absolue de tous les droits civils proprement dits : la loi considère, autant qu'il est en elle, le mort civil comme n'ayant aucune existence civile. Mais cette fiction légale, qui retranche un vivant du nombre des citoyens et qui le prive de la vie civile, n'a pu lui enlever la vie naturelle. Par suite elle n'a pu lui enlever les droits naturels qui résultent du fait même de l'existence, c'est-à-dire le droit de vivre, et conséquemment de s'en procurer les moyens par tous les actes et tous ceux des contrats du droit naturel ou du droit des gens qui ne lui ont pas été spécialement interdits. *Jura naturalia jure civili perimi nequeunt.* Le commerce ou les actes qui le constituent, étant du droit des gens, le mort civil peut donc faire le commerce.

156. Rien ne s'opposerait même à ce qu'un mort civil requît et obtînt un brevet d'invention, ni à ce qu'il fût investi des droits de propriété littéraire ou artistique.

Mais toutes les fois qu'il lui faudrait agir en justice, soit pour son commerce, soit pour le maintien de ses droits, il

ne pourrait le faire que sous le nom et par le ministère d'un curateur (1).

157. Il faut observer du reste que les valeurs commerciales possédées par un individu au moment où se manifeste la mort civile, de même que les droits de propriété littéraire, industrielle ou artistique qu'il aurait acquis avant son changement d'état, passeraient à ses héritiers. Il ne pourrait jouir personnellement que des valeurs ou des droits qu'il aurait acquis depuis sa mort civile.

158. Quoique le mort civil ait la disposition des biens et des droits par lui acquis postérieurement à son état, cependant il ne peut compromettre. M. Carré (2), qui, pour accorder au mort civil la faculté de compromettre, sauf à se faire représenter par un curateur lorsqu'il s'agit d'obtenir l'*exequatur* de la sentence arbitrale, se fonde sur ce qu'il a la disposition des droits résultant des biens qu'il a pu acquérir, n'a pas fait attention que le mort civil étant pourvu d'un curateur, les causes où il est intéressé deviennent communicables au ministère public (3), et que dès-lors ces causes sont formellement exclues du nombre de celles sur lesquelles il est permis de compromettre (4).

159. Les condamnés par contumace, même à une peine qui n'emporte pas la mort civile (5), c'est-à-dire qui ne se sont pas présentés pour se faire juger, sont privés de l'exercice de leurs droits civils pendant les cinq ans qui suivent leur condamnation, à moins qu'ils ne soient arrêtés ou qu'ils

---

(1) M. Renouard, *Des brevets d'invention*, p. 332, nouv. édit.
(2) *Lois de la procéd.*, n. 3236.
(3) C. pr., art. 83, n. 6.
(4) C. pr., art 1004. — M. Mongalvy, *De l'arbitrage*, p. 147, n. 170; M. Chauveau sur Carré, *ubi sup.*
(5) M. Zachariæ, t. I, § 167.

ne se représentent dans ce délai. Leurs biens sont administrés par un curateur [1]. Du reste, les contumax, bien que privés de l'exercice de leurs droits, n'en ont pas moins la jouissance, sous l'administration de leur curateur; d'où il suit que la condamnation les frappe d'une sorte d'interdiction légale qui les place dans une position fort analogue, quant à leurs droits actifs ou passifs, à celle de l'interdit judiciaire. Cependant, comme cette interdiction légale est fondée sur des raisons d'ordre public et d'intérêt général, plutôt que sur l'intérêt personnel de l'interdit, la nullité des actes faits par le contumax peut être opposée, non-seulement par le condamné lui-même, comme au cas de minorité ou d'interdiction, mais encore par les tiers qui ont contracté avec le condamné [2].

Celui qui a été condamné à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion, est également, pendant toute la durée de sa peine, en état d'interdiction légale, et il lui est nommé un tuteur et un subrogé-tuteur pour gérer et administrer ses biens dans les formes et de la manière prescrites pour la nomination des tuteurs aux interdits [3]. Dans cet état, le condamné n'a pas plus de droits que l'interdit judiciaire; et les actes par lui faits peuvent être annulés, comme ceux des contumax, sur la demande de ceux mêmes avec lesquels il a contracté.

---

(1) C. civ., art. 28.
(2) M. Zachariæ, t. I, § 167, note 1.
(3) C. pén., art. 29.

CHAPITRE IV.

DES FEMMES.

SOMMAIRE. — 160. Triple position des femmes : mineures, majeures et mariées. — 161. Nullité des actes faits sans autorisation par une femme mariée. — 162. De la femme marchande publique. Les femmes peuvent faire le commerce. — 163. Autorisation nécessaire à la femme mariée pour devenir marchande publique. — 164. Forme de cette autorisation. Elle peut être tacite. — 165. Pouvoir des tribunaux en cette matière. — 166. Présomption d'autorisation. — 167. Anomalie. — 168. Quand la femme est-elle réputée marchande publique? — 169. La femme peut-elle être autorisée par justice à faire le commerce? — 170. *Quid?* si le mari est mineur; si la femme et le mari sont mineurs; si la femme seule est mineure. — 171. Le mari peut retirer l'autorisation qu'il a donnée à sa femme de faire le commerce; même lorsqu'il s'agit d'un consentement donné par la justice ou par les parents; même lorsque les époux sont séparés judiciairement. — 172. Formes de la révocation du consentement. — 173. Effets de la révocation. — 174. Capacité de la femme autorisée à faire le commerce. — 175. L'autorisation n'a d'effet que pour les actes relatifs au commerce de la femme. — 176. La femme marchande publique peut-elle engager, hypothéquer ou aliéner ses immeubles? — 177. La femme marchande publique ne peut ester en jugement sans autorisation. — 178. Au cas de refus du mari quels tribunaux sont compétents pour autoriser la femme? — 179. La femme n'a pas besoin d'être autorisée pour faire des actes conservatoires. — 180. La femme marchande publique peut compromettre sur les objets relatifs à son commerce. — 181. Mais elle ne peut compromettre sans l'autorisation de son mari. — 182. La femme marchande publique s'oblige par corps. — 183. Elle s'oblige aussi sur ses biens. Distinction entre les divers régimes sous lesquels la femme peut avoir contracté mariage. — 184. Elle oblige aussi son mari, lorsqu'il y a communauté entre eux, tant sur ses biens propres que sur les biens de la communauté. — 185. *Quid?* lorsque le mariage a été contracté sous un régime exclusif de la communauté. — 186. Le mari est-il tenu par corps des dettes de la femme marchande publique? — 187. La femme n'oblige son mari par les actes qu'elle fait en son propre nom que si elle est marchande publique, et non si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, à moins qu'elle n'agisse comme mandataire de son mari. — 188. Des femmes et des filles non marchandes publiques. — 189. Des lettres de change ou des billets à ordre souscrits par des femmes ou des filles marchandes publiques. — 190. La signature des femmes et des filles non marchandes publiques sur des lettres de change ou des billets à ordre ne vaut que comme simple promesse. Sens de ces mots : *simple promesse*. — 191. Des signatures données par les femmes non marchandes, conjointement avec leurs maris. — 192. Du tribunal compétent pour connaître des lettres de change ou des billets à ordre souscrits par des femmes ou des filles non marchandes publiques. — 193. La signature d'une femme sur une lettre de change ou un billet à ordre ne vaut comme simple promesse qu'autant que

la femme a été autorisée par son mari. Forme de cette autorisation. — 194. Des lettres de change souscrites par la femme au nom de son mari. — 195. Des droits de propriété littéraire et des brevets d'inventions obtenus par les femmes mariées. — 196. Une femme peut-elle être arbitre?

160. La femme, en ce qui touche sa capacité, peut être considérée dans trois positions différentes : comme mineure, comme majeure et comme femme mariée.

Comme mineure, elle est soumise aux règles générales de la minorité; comme majeure, sa capacité n'est exceptionnellement limitée que dans certains cas spéciaux [1]; mais comme femme mariée, elle n'a de volonté et de capacité légales que sous l'autorisation de son mari. La dépendance dans laquelle elle se trouve alors n'est pas, à proprement parler, la suite d'une faiblesse absolue, puisque la femme majeure non mariée jouit, à peu de différence près, d'une capacité civile égale à celle de l'homme; c'est la suite d'une infériorité relative qui, dans l'association conjugale, a naturellement fait attribuer le pouvoir et la suprématie à celui qui était présumé le plus fort.

161. En principe général, la femme mariée ne peut donc, quoique majeure, contracter ni ester en jugement sans l'autorisation de son mari dans l'acte, ou, à son défaut, sans l'autorisation de la justice. Cette autorisation doit être spéciale : toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme [2]. Les actes faits par la femme non autorisée sont donc nuls; mais leur nullité n'a lieu que dans l'intérêt de la femme ou de ses représentants; elle ne peut être opposée que par le mari, par la femme ou par leurs héritiers, ja-

---

(1) Voy. *inf.* n. 190 et suiv.
(2) C. civ., art. 215 et suiv.

mais par les personnes capables de s'engager qui ont contracté avec la femme non autorisée ([1]). Il y a plus : lorsque les femmes mariées sont admises, en cette qualité, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui a été, en conséquence de ces engagements, payé pendant le mariage, ne peut être exigé d'elles, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit ([2]). Il en est, dans ce cas, des femmes comme des mineurs ([3]).

162. Mais les règles de subordination auxquelles le droit commun soumet la femme mariée cessent relativement à la femme marchande publique ; le commerce l'émancipe en quelque sorte, et la soustrait, partiellement et momentanément du moins, à la domination conjugale.

C'est, du reste, une question qui a été affirmativement résolue par la pratique de tous les peuples civilisés, que celle de savoir si les femmes peuvent faire le commerce. Les lois romaines le leur permettaient ([4]), tout en les déshonorant par une honteuse assimilation avec les filles de joie ([5]) ; tandis que les législations modernes leur ont toujours largement ouvert une carrière pour laquelle leur aptitude naturelle est incontestable. A Gênes, où le commerce était autrefois l'occupation de tout le monde, *Genuensis ergò mercator*, les femmes étaient capables, dès l'âge de seize ans, de s'obliger pour fait de marchandise.

163. Dans notre droit actuel, la femme mariée ne peut

([1]) C. civ., 225, 1125.
([2]) C. civ., 1312.
([3]) V. *sup.*, n. 81.
([4]) V. Straccha, *De mercat.*, p. 369, n. 38.
([5]) M. Blanqui, *Histoire de l'économie politique*, tom. I, p. 94. — *Cum his quæ publicè mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit.* (*Pauli Sentent.*, lib. II, tit. 26, § *De Adulteriis*).

être marchande publique sans le consentement de son mari (1); mais une fois ce consentement obtenu, elle peut s'obliger pour tous les actes relatifs à son commerce, sans qu'il soit besoin d'une autorisation renouvelée spécialement pour chacun de ces actes (2).

Cette autorisation générale et préalable est nécessaire, non-seulement à la femme mariée sous le régime de la communauté, qui, en s'obligeant commercialement, oblige, comme nous le verrons plus tard (3), son mari et la communauté, mais aussi à la femme séparée de biens ou mariée sous le régime dotal, quoiqu'elle n'oblige ni l'un ni l'autre. La nécessité de l'autorisation subsiste dans ce dernier cas, d'abord, parce que la femme, quelles que soient les conventions matrimoniales relatives aux biens, demeure soumise envers son mari au devoir d'obéissance; ensuite, parce que les biens de la femme non commune, même ses biens paraphernaux, devant contribuer aux charges du ménage, le mari a intérêt et doit par suite avoir qualité pour empêcher que la femme ne dissipe sa fortune (4).

164. Mais l'autorisation nécessaire à la femme pour qu'elle puisse devenir marchande publique, doit-elle être expresse, ou suffit-il d'une autorisation tacite?

Sous l'ancien droit, on se contentait d'une autorisation tacite, et il n'était pas nécessaire que les femmes fussent autorisées expressément par leur mari à faire le commerce; il suffisait qu'elles vendissent et trafiquassent à leur vu et su (5).

---

(1) C. com., art. 4.
(2) C. civ., art. 220.
(3) V. *inf.* n. 184.
(4) M. Locré, sur l'art 4 code com.
(5) Dumoulin sur Bourbonnais, art. 168; sur Bourgogne, art. 24; Toubeau, p. 345; Chassanné sur Bourgogne, tit. 4, § 1; Boyer, *in consuet. Bitur.*, tit. 1, § 4.

« Enfants de familles et femmes mariées, dit Loysel dans ses *Institutes coutumières* (1), sont tenues pour autorisés de leurs pères et maris en ce qui est du fait de marchandises dont ils s'entremettent à leur su. » Telle était la disposition expresse des coutumes de Reims et du Vermandois; c'est ce qui résultait aussi de la coutume de Paris, dont les articles 234 et 235 se bornaient à poser en principe que la femme marchande publique pouvait s'obliger sans le consentement de son mari, et à déterminer quand la femme pouvait être considérée comme marchande publique, sans d'ailleurs prescrire aucune autorisation spéciale (2). Enfin, l'article 13 de la coutume de Troyes, encore plus explicite, permettait à la femme de s'obliger, pour le fait de marchandises, sans l'autorisation de son mari, « sinon que sondit mari lui eût publiquement interdit ladite marchandise. »

Le nouveau droit n'apporta d'abord aucune modification à cet état de choses, et l'article 220 du Code civil se borna à reproduire les articles 234 et 235 de la coutume de Paris, qui constataient à cet égard le droit commun de la France. Mais lors de la discussion au Conseil-d'État de l'article 4 du Code de commerce, qui posait en principe que la femme ne peut être marchande publique sans le consentement ou l'autorisation de son mari, on se demanda si cette autorisation devait être expresse, ou si elle pouvait être tacite. Sur ce point, les opinions se divisèrent : on reconnaissait de part et d'autre que jusqu'alors l'autorisation tacite avait été suffisante; mais on n'était pas d'accord quand il s'agissait de savoir s'il convenait d'innover ou de laisser les choses dans leur ancien état.

Les partisans du consentement exprès et formel soute-

(1) Liv. I, tit. 1, *Des personnes*, art. 38.
(2) Ferrière, sur ces articles.

naient que c'était là le seul moyen d'empêcher la femme de faire le commerce sans l'autorisation de son mari, puisque s'il suffisait que la femme fît le commerce pour qu'elle fût réputée autorisée, il faudrait nécessairement trouver un moyen de combattre cette présomption et d'instruire les tiers du refus du mari; et M. Regnault de Saint-Jean-d'Angelys disait, non sans raison, qu'il n'y a pas d'inconvénient à avertir le public, et qu'il y a certainement de l'avantage à l'empêcher d'être trompé.

On répondait, à l'appui du système contraire, que le mari qui, sachant que sa femme fait le commerce, ne l'en empêche pas, consent évidemment à ce qu'elle le fasse; que jamais, dans l'ancien droit, il ne s'était élevé de difficulté sur l'existence ou la non-existence de l'autorisation tacite, et que la loi garantissait plus sûrement l'intérêt des tiers en faisant dépendre les engagements de la femme d'un fait public et notoire, que si elle en subordonnait la validité à des formes que les tiers ne peuvent pas toujours vérifier (1).

C'est à la suite de cette discussion que fut adopté l'article 4 du Code de commerce qui, en posant en principe la nécessité du consentement, ne s'explique pas sur le point de savoir si ce consentement doit être exprès ou s'il peut être tacite. Mais il est permis de croire, en présence des débats qui ont précédé son adoption, et qui portaient sur la proposition d'exiger formellement un consentement exprès, que, cette proposition n'ayant pas été admise, l'autorisation tacite suffit aujourd'hui comme elle suffisait autrefois pour que la femme mariée puisse devenir marchande publique (2).

---

(1) M. Locré, sur l'art. 4 code com.

(2) M. Pardessus, n. 63; M. E. Vincens, t. I, p. 228; M. Cubain, *Droits des femmes*, n. 388.

165. Il résulte de cette même discussion que l'appréciation des faits qui établissent le consentement du mari est abandonnée à la discrétion et à la prudence des juges, lesquels doivent prononcer d'après les circonstances de temps, de lieu, et la qualité des parties (1).

166. Il faut même remarquer que lorsqu'une femme mariée se livre publiquement au commerce, sous les yeux de son mari, la présomption d'autorisation milite en faveur des tiers, et que c'est à la femme ou au mari, qui arguent du défaut d'autorisation, à en faire la preuve.

167. On ne peut au surplus s'empêcher de reconnaître que c'est là une anomalie dont on pouvait se dispenser. Les principes généraux du droit veulent que l'autorisation du mari, lorsqu'elle est nécessaire, résulte de son consentement écrit ou de son concours dans l'acte qu'il autorise; et il n'y avait aucun motif sérieux pour s'écarter de cette règle quand il s'agit d'autoriser la femme à faire le commerce. J'avoue même avoir peine à comprendre comment les mêmes législateurs qui avaient exigé avec raison une autorisation expresse pour le mineur qui veut faire le commerce, et qui avaient trouvé alors facile et utile l'introduction de cette règle nouvelle, ont subitement changé d'avis quand il s'est agi de l'appliquer à la femme mariée (2).

168. De ce que c'est la notoriété du commerce de la femme qui fait présumer l'autorisation, il faut en conclure que la femme ne peut être réputée commerçante qu'autant qu'elle se livre à une suite d'actes qui impliquent l'habitude

---

(1) V. Cass., 14 nov. 1820 (Dev. et Car., 6, 1, 326; Dall., 10, 1, 133); 1er mars 1826 (Dev. et Car., 8, 1, 288; Dall., 26, 1, 171); 27 mars 1832 (Dev. et Car., 32, 1, 363; Dall., 32, 1, 168); 27 avril 1841 (Dev. et Car., 41, 1, 383).

(2) V. *sup.*, n. 84 et suiv.

et la profession. La femme qui ne ferait que des actes isolés, ne pourrait être considérée comme marchande publique, et aurait dès-lors besoin pour chacun de ces actes de l'autorisation expresse de son mari (1).

Du reste, la femme peut être marchande publique sans faire un commerce déterminé; il suffit pour cela qu'elle se livre à des opérations de différents genres, mais ayant un caractère commercial (2).

La femme, au surplus, n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari : elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé (3). C'est là une question de fait abandonnée à l'appréciation des tribunaux (4).

169. On voit par ce qui précède, que l'autorisation de faire le commerce est d'une espèce toute particulière : tandis que l'autorisation ordinaire est nécessaire à la femme pour la validité de chacun des actes de la vie civile, l'autorisation de faire le commerce est un consentement anticipé donné par le mari pour tous les actes du commerce de la femme. La première est toujours spéciale (5); la généralité est au contraire le caractère distinctif de la seconde.

Il suit de là que si le mari refusait de consentir à ce que sa femme fît le commerce, elle ne pourrait y être autorisée par la justice (6). Les articles 218 et 219 du Code civil ne permettent aux tribunaux d'autoriser la femme, en cas de refus du mari, que lorsqu'il s'agit d'une autorisation spé-

---

(1) Toubeau, p. 343.
(2) Cass., 27 avril 1841. (Dev., 41, 1, 383.)
(3) C. civ., 220; c. com., 5.
(4) Cass., 27 mars 1832 (Dev. et Car., 32, 1, 363; Dall., 32, 1, 168).
(5) C. civ., 223.
(6) M. Pardessus, n. 63; M. Cubain, n. 388.

ciale, et non lorsqu'il s'agit d'une autorisation générale. Si donc la femme non marchande publique avait besoin de faire un acte isolé de commerce, auquel son mari refuserait son consentement spécial, la femme pourrait avoir recours à la justice (1); mais ce recours lui serait fermé si l'autorisation par elle requise devait embrasser une suite d'actes de nature à lui faire attribuer la qualité de marchande publique.

170. Cependant, si le mari était mineur, et conséquemment incapable de donner à sa femme aucune autorisation, expresse ou tacite, spéciale ou générale (2), la femme, si elle était majeure, pourrait obtenir de la justice l'autorisation de faire le commerce : autorisation qui, dans ce cas, serait nécessairement expresse (3). Je ne saurais admettre l'opinion de quelques auteurs, qui pensent que, dans le cas de minorité du mari, les parents dont le consentement est nécessaire, aux termes de l'article 2 du Code de commerce, pour qu'il puisse devenir commerçant (4), peuvent l'habiliter à donner à sa femme l'autorisation nécessaire pour devenir marchande publique (5). L'autorisation dont parle l'article 2 est une autorisation directe qui ne peut habiliter que l'époux placé sous la surveillance des parents qui l'accordent; et comme la femme n'est jamais sous la surveillance des parents de son mari, je ne vois pas comment, de l'autorisation qu'ils accorderaient à celui-ci de faire le commerce, pourrait résulter une semblable autorisation pour la femme; ni comment ils pourraient autoriser le mari à autoriser sa femme,

---

(1) M. Cubain, n. 591; M. Pardessus, *ib.*
(2) C. civ., 224.
(3) M. Pardessus, *ib.*; M. Duranton, t. I, n. 478.
(4) V. *sup.*, n. 86.
(5) M. Vazeille, t. II, n. 331; M. Dalloz, v° ***Mariage***, p. 154; M. Orillard, *Comp. des tribunaux de comm.*, n. 167.

lorsqu'eux-mêmes ne pourraient donner à celle-ci aucune autorisation directe.

Si la femme était mineure comme son mari, l'autorisation que celui-ci serait incapable de lui accorder devrait être demandée, non à la justice, mais aux parents de la femme, dont l'autorité prime celle des tribunaux : dans ce cas, l'article 2 du Code de commerce, spécialement relatif à l'autorisation des mineurs qui veulent faire le commerce, deviendrait seul applicable.

Mais lorsque la femme seule est mineure, tandis que le mari est majeur, il y a plus de difficulté sur le point de savoir si la femme est habilitée à faire le commerce par le consentement de son mari, ou s'il faut de plus le consentement des parents, qui, aux termes de l'article 2 précité, est nécessaire à tout mineur qui veut faire le commerce.

Dans le sens de l'opinion qui regarde comme inutile l'autorisation exigée par l'article 2 du Code de commerce pour le mineur commerçant, on peut dire que l'autorité du mari absorbe celle de la famille; et que la femme, quoique mineure, n'a à répondre de sa conduite que devant son mari, qu'elle engage, et non devant ses parents, qui, en la mariant, ont perdu toute l'autorité qu'ils avaient sur elle, et ne sont plus responsables de ses actions [1]. Mais en approfondissant davantage la question, on arrive à un résultat contraire. Ce n'est pas que j'admette, avec quelques auteurs, les arguments pris de ce que l'article 2 du Code de commerce ne distingue pas entre les mineurs mariés et ceux qui ne le sont pas; et de ce que l'article 4 du même Code, qui exige le consentement

---

[1] Telle est l'opinion à laquelle je m'étais rangé dans le *Dictionnaire du contentieux commercial*, mais à laquelle je crois devoir renoncer après un plus mur examen (v° *Femme*, n. 3).

du mari pour que la femme puisse devenir marchande publique, ne contient aucune dérogation aux dispositions de l'article 2 (1). Si la question n'avait d'autre élément de décision que ces deux articles, on pourrait fort bien répondre que l'article 2 du Code de commerce n'avait pas besoin d'exprimer une distinction qui résultait suffisamment de l'article 4, lequel, en disposant d'une manière générale que la femme mariée peut faire le commerce avec le consentement de son mari, exclut implicitement l'utilité d'une autre autorisation.

C'est donc dans les principes mêmes du droit qu'il faut chercher la raison de décider.

Le mariage émancipe la femme mineure, mais il ne fait que l'émanciper, c'est-à-dire que tandis qu'elle devient capable de faire, avec la seule autorisation de son mari, tous les actes que le mineur peut faire seul ou avec l'assistance de son curateur (dont le mari fait naturellement l'office), elle reste sous l'autorité de ses parents pour tous les actes que le mineur émancipé ne peut faire sans une délibération du conseil de famille. Si donc, tant qu'il ne s'agit que de l'administration de ses biens, la femme mineure procède valablement sous la seule autorisation de son mari, il n'en est plus de même quand il s'agit d'actes qui excèdent les pouvoirs d'un administrateur (2). Ces principes, incontestables en matière ordinaire et lorsqu'il s'agit d'actes purement civils, sont

---

(1) M. Duranton, t. II, n. 476; M. Vazeille, t. II, n. 330; M. Orillard, n. 168.

(2) « A l'égard des actes que les mineurs ne peuvent faire valablement, même avec un curateur, dit Pothier (*De la puissance maritale*, n. 32), un mari, quoique majeur, ne peut les rendre valables en autorisant sa femme mineure pour les faire. Par exemple, l'aliénation volontaire que la femme mineure aurait faite de quelqu'un de ses immeubles, ne laisserait pas d'être nulle, quoiqu'elle eût été autorisée par son mari mineur. »

également vrais lorsqu'il s'agit d'actes de commerce, ou de matières commerciales. Or, comme l'autorisation de faire le commerce implique celle de faire des actes autres que ceux de pure administration, puisque pour faire le commerce, il faut engager sa personne et ses biens, meubles ou immeubles, les aliéner, on doit en conclure que la femme mineure a besoin d'être autorisée par ses parents pour faire le commerce et les actes qui en sont la conséquence nécessaire, comme elle aurait besoin d'être autorisée par eux pour faire des actes qui, au lieu de se rapporter à des transactions commerciales, se rapporteraient à des transactions purement civiles (1). Seulement cette autorisation, bien que sa nécessité procède des principes généraux posés par les articles 476 et suivants du Code civil, ne devra pas être donnée dans la forme déterminée par ces articles pour le cas où il s'agit d'actes civils, mais dans la forme spéciale déterminée par l'article 2 du Code de commerce, pour les actes qui ont un caractère commercial (2).

171. De ce qu'aux termes de l'article 4 du Code de commerce, la femme ne peut *être* marchande publique sans le consentement de son mari, il suit que si le consentement du mari est nécessaire dès le principe pour que la femme devienne marchande publique, il est également nécessaire que ce consentement subsiste pour que la femme continue de faire le commerce; et qu'elle ne peut plus le faire lorsque ce

---

(1) M. Delvincourt, *Inst. du dr. comm.*, t. II, p. 7, note 8; M. Pardessus, n. 63; M. Dalloz, v° *Mariage*, p. 163; Arrêt de la cour d'appel de l'Ile de Maurice, du 1er juin 1819 (Dev. et Car., 6, 2, 80); Toulouse, 26 mai 1821 (*Ibid.*, 418; Dall., 20, 2, 87). — En sens contraire, Voy. Grenoble, 17 février 1826 (Dev. et Car., 8, 2, 194; Dall., 24, 2, 137).

(2) C. com., art. 3.

consentement lui est retiré. Le mari peut donc toujours révoquer l'autorisation qu'il a donnée à sa femme de faire le commerce. C'est ce qui s'induit encore des principes généraux de la puissance maritale, qui ne permettent pas au mari d'aliéner cette puissance en donnant un consentement ou une autorisation qu'il ne pourrait plus retirer. Il n'y a même pas lieu de distinguer à cet égard entre la femme qui est marchande publique au moment même de son mariage, et celle qui le devient plus tard, puisque l'une et l'autre tiennent la faculté de faire le commerce de la volonté du mari, et que le mari ne pourrait d'ailleurs s'interdire expressément ou tacitement par le contrat de mariage, la faculté de changer de volonté (1).

L'autorisation donnée à la femme par la justice ou par les parents, pendant la minorité du mari, pourrait même être révoquée par le mari devenu majeur. La justice et la famille, en exerçant un droit qui excédait momentanément la capacité du mari, ne peuvent prolonger leur puissance au-delà des bornes que leur assigne naturellement la majorité du chef de l'association conjugale.

Suivant M. Pardessus (2), la règle qui permet au mari de révoquer le consentement qu'il aurait donné à ce que sa femme fût marchande, est modifiée en faveur de la femme séparée judiciairement; dans ce cas, la femme qui prétendrait que son mari est sans motifs valables pour révoquer le consentement qu'il lui a donné, pourrait, d'après cet auteur, s'adresser aux tribunaux, qui deviendraient alors juges du point de savoir si l'autorisation doit être maintenue. Mais

---

(1) M. Locré, sur l'art. 4 code com.; M. Pardessus, n. 64; M. Toullier, t. XII, n. 257; M. Cubain, n. 586 et 587.

(2) N. 64.

quelque fondée en équité que soit cette solution, elle ne me semble pas pouvoir être admise en présence des articles 4 et 5 du Code de commerce, qui exigent l'autorisation maritale, aussi bien lorsque la femme est commune, que lorsqu'elle ne l'est pas, sans distinguer si la non-communauté provient d'une séparation contractuelle ou d'une séparation judiciaire. Ce qui achève de démontrer que jamais les tribunaux ne peuvent être juges de l'opportunité ou du mérite de la révocation, c'est que lors la discussion au Conseil d'État de l'article 4 du Code de commerce, on avait proposé une rédaction, aux termes de laquelle « le mari pouvait en tout temps faire cesser le commerce de sa femme, sauf à elle à réclamer devant les tribunaux pour se faire autoriser, s'il y avait lieu, à le continuer », et que le Conseil rejeta en définitive cette rédaction pour s'en tenir à celle qui est aujourd'hui l'article 4, de laquelle il résulte que la femme ne pouvant *être* marchande publique sans le consentement de son mari, doit cesser de l'être quand le mari cesse de vouloir qu'elle le soit (1).

172. Aucune loi ne détermine d'ailleurs la forme dans laquelle le mari peut révoquer l'autorisation qu'il a donnée: ce qui se comprend dès qu'aucune loi ne détermine la forme dans laquelle elle doit être donnée. De même donc que la femme est présumée autorisée par cela seul qu'elle fait le commerce (2), tant qu'elle ou son mari ne prouvent pas à l'encontre des tiers le défaut d'autorisation, de même aussi tant que la femme fait publiquement le commerce, on doit présumer que le mari ne lui a pas retiré son consentement, tant que le contraire n'est pas prouvé par la femme ou par le mari; et encore, dans ce cas, on ne pourrait opposer cette

(1) M. Locré, sur l'art. 4 code com.
(2) V. *sup.*, n. 163.

révocation aux tiers qui ont traité avec la femme dans l'ignorance de l'incapacité qui l'a ressaisie. La prudence commande donc au mari qui veut révoquer son consentement de donner à cette révocation la plus grande publicité possible, par affiche au tribunal de commerce et par insertion dans les journaux, conformément à ce qui se pratique au cas où, par le retrait du bénéfice de l'émancipation, le mineur se trouve privé de la faculté de faire le commerce (1).

173. Quant aux effets de la révocation, il est manifeste qu'ils ne peuvent rétroagir, et que s'ils privent la femme de la faculté de s'engager dans de nouvelles affaires, ils ne peuvent la délier des engagements qu'elle a pris dans des affaires non encore terminées et en cours d'exécution. La fraude serait trop facile envers les tiers qui contractent avec la femme, si, par un retrait intempestif d'autorisation, le mari pouvait la dégager des affaires dans lesquelles elle ne trouve pas le succès sur lequel elle comptait, et rejeter sur les tiers la suite de ses fausses spéculations et de ses erreurs commerciales.

174. Nous avons vu (2) que la femme marchande publique peut s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce sans l'autorisation de son mari ; le consentement que celui-ci donne au commerce de sa femme est une autorisation permanente qui n'a pas besoin d'être renouvelée pour chacun des actes de ce commerce. La femme se trouve alors dans une position fort analogue à celle du mineur autorisé à faire le commerce (3) : si le mariage la place dans un état qui a beaucoup de rapports avec la minorité, par le consentement que lui donne son mari

---

(1) V. *sup.*, n. 91.
(2) *Sup.*, n. 163.
(3) *Statutum prohibens mulieribus et minoribus absque certis solemnitatibus inire contractus, non habet locum in negotiis ad mercaturam pertinentibus* (Casaregis, *Disc.* 100, n. 15).

elle est réputée majeure pour tout ce qui concerne son commerce; avec cette différence toutefois, qui réside plutôt dans le principe de l'autorisation que dans ses conséquences, que l'autorisation donnée au mineur lui attribue une capacité qu'il n'avait pas, tandis que celle qui est donnée à la femme majeure fait seulement revivre la capacité dont la puissance maritale paralysait les effets (1).

Il suit de là que les femmes marchandes publiques ne sont point restituables contre leurs obligations pour fait de commerce (2), parce que, dit Toubeau (3), en faisant une action virile, elles ne doivent point jouir d'un bénéfice qui n'est pas accordé aux hommes.

175. Il suit encore de tout ce qui précède que la femme marchande publique n'est dispensée de l'autorisation de son mari que pour les actes relatifs à son commerce. Pour tous les autres, il faut qu'elle recoure à un consentement spécial, puisqu'elle n'agit plus, en les faisant, dans la qualité que lui attribue le consentement général qui lui permet de faire le commerce.

Sur le point de savoir quels actes doivent être réputés commerciaux, sur la présomption de commercialité qui atteint les actes de la femme, ainsi que sur la question spéciale de savoir si la femme autorisée à faire le commerce est par cela même autorisée à contracter une société de commerce, on

---

(1) *Minor pro mojori reputatur in concernentibus negotia mercantilia, et in fortioribus arguendo ad mulieres quæ de jure communi non sunt inhabilitæ ad contrahendum* (Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 92 et 93; le Card. de Luca, *De alien., disc.* 34, n. 3 et suiv., et *De credito, disc.* 73, n. 3, et *disc.* 78, n. 8).

(2) Marquardus, *De jure mercatorum,* lib. I, cap. 12.

(3) p. 548.

peut consulter ce que j'ai dit sur ces diverses questions relativement aux mineurs (1).

176. Il en est de même de la question de savoir si les femmes marchandes publiques peuvent engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles : question affirmativement résolue par l'article 7 du Code de commerce, mais qui autrefois était douteuse, aussi bien pour les femmes que pour les mineurs (2). Il suffira de faire remarquer ici sur ce point que, quant aux biens stipulés dotaux des femmes mariées sous le régime dotal, ils ne peuvent être aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par les articles 1554 et suivants du Code civil (3).

177. Du reste, la femme, bien qu'autorisée par son mari à faire le commerce et tous les actes qui s'y rapportent, ne peut, sans son autorisation expresse et spéciale, ou, à son défaut, sans celle de la justice, ester en jugement même pour les faits relatifs à son commerce. C'est la disposition expresse de l'article 215 du Code civil. Dans l'ancien droit, il y avait des auteurs qui décidaient le contraire. « Les femmes mariées peuvent s'obliger, disait Toubeau (4) qui ne faisait que suivre en ce point le sentiment de Marquardus (5) ; elles peuvent, sans être autorisées, agir et poursuivre leurs débiteurs et être convenues en justice pour le fait de leur commerce, n'y ayant pas d'apparence non plus que de justice, que le droit leur donne pouvoir de contracter en cette matière, sans leur donner en même temps la faculté de demander ce qui leur est

(1) V. *sup.* n. 92 et suiv. V. aussi *inf.*, n. 317.
(2) V. *sup.*, n. 103.
(3) C. com., art. 7. V. *inf.*, n. 373.
(4) p. 347.
(5) Lib. I, cap. 12, n. 10.

dû, et de poursuivre ceux qui leur doivent. » L'article 13 de la coutume de Troyes venait à l'appui de cette opinion : « Femme mariée ne peut être en jugement, et ne se peut obliger sans le consentement de son mari...., si elle n'est séparée ou marchande publique. » Mais aujourd'hui, en présence de la disposition formelle de l'article 215 du Code civil, ces idées ne sauraient avoir cours; et la faculté qui est donnée à la femme de recourir à la justice pour obtenir l'autorisation que son mari lui refuse, la met à l'abri de tout danger, et répond aux craintes manifestées par Toubeau et par Marquardus.

178. Lorsque la femme est demanderesse et que son mari refuse de l'autoriser, la femme, alors même que la demande qu'elle se propose de former serait de la compétence des tribunaux de commerce, doit s'adresser aux tribunaux civils pour obtenir l'autorisation dont elle a besoin, parce que cette autorisation n'a en elle-même rien de commercial et rentre par conséquent dans les limites de la jurisdiction ordinaire. Mais, quand la femme est défenderesse, les tribunaux de commerce peuvent incidemment lui accorder l'autorisation qui lui est nécessaire pour suppléer celle de son mari : « Attendu, porte un arrêt de la Cour de cassation, du 17 août 1813 (1), qui explique fort bien la raison de cette différence, que si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement lorsqu'elle est défenderesse, l'article 218 du Code civil donne au juge le droit d'accorder l'autorisation; que le juge dont cet article parle est évidemment le juge saisi de la contestation; qu'on ne doit point confondre ce cas avec ceux de l'article 219, relatifs aux femmes qui veulent intenter des actions ou passer des actes; qu'en ces derniers cas, l'autorisation for-

(1) Dev. et Car., 4, 1, 422.

mant l'objet d'une demande principale, c'est au tribunal de première instance qu'il appartient naturellement d'en connaître; qu'au contraire, lorsque la femme est défenderesse, l'autorisation n'étant qu'une simple formalité, le juge saisi de la contestation peut et doit l'accorder, sans quoi les procédures seraient inutilement multipliées et prolongées contre le but de la loi, qui est de les simplifier et d'en accélérer l'expédition (1). »

179. Observons d'ailleurs que l'autorisation dont la femme a besoin pour agir et pour se défendre, ne lui est pas nécessaire pour des actes conservatoires, tels que protêts ou saisies-arrêts. Il suffit qu'elle soit autorisée lorsqu'il s'agit de plaider sur la validité de ces actes et de les ramener à exécution (2).

180. C'est ici le lieu de faire remarquer que la femme marchande publique peut compromettre sur tous les objets relatifs à son commerce, puisqu'elle en a la libre disposition (3). Il ne peut y avoir aucune difficulté sur ce point.

181. Mais il en est autrement du point de savoir si la femme, dans ce cas, a besoin, pour compromettre, de l'autorisation de son mari. D'une part, il est certain qu'elle peut s'obliger pour son commerce sans avoir besoin de cette autorisation. En considérant donc le compromis relatif au commerce de la femme comme une obligation ordinaire, on pourrait en conclure que la femme marchande publique peut compromettre sans l'autorisation de son mari. Mais, d'un autre côté, nous venons de voir que la femme, même marchande publique, ne peut ester en justice sans le consen-

(1) M. Merlin, *Répert.*, v° *Senatus-consulte Velléien*, § 3, n. 4; M. Duranton, t. II, n. 466; M. E. Vincens, t. I, p. 229.
(2) M. Pardessus, n. 70.
(3) C. proc., 1003.

tement de son mari; or compromettre, c'est-à-dire constituer un arbitrage, agir, demander, défendre; en un mot, plaider devant des arbitres, c'est en quelque sorte ester en justice, puisque la sentence arbitrale doit avoir l'effet d'un jugement, et que par l'effet de l'appel, de la requête civile, de l'action en nullité, elle peut conduire à une contestation judiciaire proprement dite. La femme marchande publique a donc besoin, pour compromettre, de l'autorisation de son mari (1). Cette solution se trouve d'ailleurs confirmée par la combinaison des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile. Aux termes de l'article 1004, on ne peut compromettre sur les contestations communicables au ministère public; et, d'après l'article 83, les causes des femmes non autorisées de leurs maris doivent être communiquées au ministère public. Dans tous les cas donc où la femme n'est pas autorisée par son mari, c'est-à-dire où elle n'a pas capacité pour ester seule en justice, il n'y a pas lieu à compromis, puisque le défaut d'autorisation du mari, qui rend l'autorisation de la justice nécessaire, rend en même temps la cause communicable au ministère public (2). Je sais bien qu'il n'y a pas de ministère public devant les tribunaux de commerce, et que, par conséquent, la cause ne peut, dans cette hypothèse, être communiquée; mais cela n'empêche pas que, de sa nature et en elle-même, la cause ne soit communicable. D'ailleurs, comme nous l'avons déjà vu (3), quand la femme est demanderesse, c'est au tribunal civil que l'autorisation refusée par le mari doit être demandée, et alors la cause est communicable en

---

(1) Je m'étais rallié à une opinion contraire, que je crois devoir abandonner. V. *Dictionn. du contentieux commercial*, v° *Compromis*, n. 11, *in fine*.

(2) V. M. Chauveau sur Carré, n. 3232.

(3) *sup.*, n. 178.

fait comme en droit, ce qui suffit pour légitimer l'application à la question actuelle de l'argument tiré de la combinaison des articles 83 et 1004.

Tout ce qui vient d'être dit s'applique à l'arbitrage volontaire. Quant à l'arbitrage forcé, en matière de société, qui exclut la nécessité d'un compromis et qui constitue une instance ordinaire, il est manifeste que la femme qui est intéressée dans une société de commerce dont les contestations appartiennent forcément à la juridiction arbitrale, a besoin de l'autorisation de son mari pour procéder devant les arbitres forcés, tout aussi bien que lorsqu'elle procède devant des juges ordinaires.

182. La femme marchande publique est capable de s'obliger : tel est le principe posé par l'article 220 du Code civil ; c'est-à-dire qu'elle oblige à la fois sa personne et ses biens.

Elle oblige sa personne en ce qu'elle devient contraignable par corps pour l'exécution de toutes ses obligations commerciales ; tandis que la femme non marchande publique n'est jamais contraignable par corps, sauf le cas de stellionat (1). Cette distinction entre la femme marchande publique et la femme non marchande, quant à l'exercice de la contrainte par corps, a été admise de tout temps. Les plus anciens arrêts posaient ce principe, que la femme ne peut être contrainte par corps pour dette civile : *Dictum fuit quod corpora mulierum non possunt detineri pro debito civili* (2) ; « car fresle chose est de femme, dit naïvement Bouteiller dans sa *Somme rurale* (3) ; et pour ce ne veut la loy qu'elle soit tour-

(1) L. 17 avril 1832, art. 2 ; c. civ., 2066.
(2) Arrêt de l'an 1397. Brodeau sur Louet, lettre F, n. 11.
(3) Liv. II, tit. 6, art. 9.

mentée de prison pour debte civile (1). » Mais aussi, dès ce temps-là, on faisait exception à ce principe dans le cas où la femme était marchande publique, pour tout ce qui concernait son négoce. C'est ce qui résulte clairement de l'article 8 du chapitre 17, livre 2, du grand-coutumier rédigé sous le règne de Charles VI. « Par usage de cour laye, y est-il dit, femme soit mariée ou autre, ne doit tenir prison, pour quelque cas civil, quel qu'il soit, tant soit obligée de garde et commande par foi et serment, ou autrement, *excepté Champagne*; » c'est-à-dire en ce qui concerne le fait des foires de Champagne, grand rendez-vous commercial de l'époque, qui a conservé longtemps son importance, et dont les usages sont devenus des lois. « *Negotiatrix enim mulier*, dit Choppin (2), *vinculis cogitur æs alienum exsolvere, licet in sacris potestateque mariti constituta sit.*

183. Elle oblige ses biens en ce qu'elle est personnellement tenue sur ses biens propres des dettes qu'elle a contractées pour le fait de son commerce.

Mais il y a sur ce dernier point des distinctions à faire, selon le régime sous lequel la femme a contracté mariage.

Si la femme est mariée sous le régime de la communauté, le payement des obligations contractées par la femme peut être poursuivi, soit sur les biens de la communauté, soit sur les biens personnels de la femme, puisque, dans l'un et l'autre

---

(1) « Qui est la raison, ajoute Brodeau (*ubi sup.*), pour laquelle il a été jugé, par un ancien arrêt du 8 mars 1528, qu'une femme mariée n'avait pu être excommuniée à faute de payement de ses dettes, d'autant que par l'excommunication le mari *privatur obsequiis uxoris*, ne pouvant converser avec elle. »

(2) *De morib. Paris.*, tit. 1, n. 9; et *In consuet. Andeg., lib.* 3, cap. 2; tit. 2, n, 6.

cas, il s'agit de dettes contractées avec le consentement du mari (1).

Si les époux se sont mariés séparés de biens, il est manifeste que, dans ce cas, tous les biens de la femme sont naturellement tenus des dettes qu'elle contracte, puisque le mari n'a rien à prétendre sur ces biens, et que d'ailleurs, en autorisant sa femme à s'engager, il a par cela même consenti d'avance à ce qu'ils répondissent de ses engagements commerciaux (2).

Mais si, au contraire, les époux ont adopté le régime dotal, la femme, dont les biens dotaux sont inaliénables, ne peut être contrainte que sur ses biens paraphernaux (3), ou sur ses marchandises, qui ne peuvent jamais être considérées comme dotales, puisqu'elles sont essentiellement aliénables, étant toujours destinées à être vendues. Cependant, lorsque la contrainte par corps a été exercée contre la femme ou contre son mari, les immeubles dotaux peuvent être vendus pour les tirer de prison (4).

184. Un des effets les plus remarquables du consentement donné par le mari au commerce de sa femme, c'est que lorsqu'il y a communauté entr'eux, le mari est tenu des dettes de la femme, encore bien qu'il ne l'ait pas spécialement autorisée pour chacun des actes qui la constituent débitrice, puisqu'en autorisant sa femme à faire le commerce, il lui a donné par cela même une autorisation anticipée pour tous les actes que ce commerce rend nécessaires (5). D'un autre côté, le

---

(1) C. civ., 1409, 1419.
(2) C. civ., 1536 et suiv.
(3) C. c., 1554, 1574.
(4) C. civ., 1558.
(5) C. civ., 220, 1426.

commerce n'ayant pour objet que des choses mobilières, et le mobilier que la femme acquiert par son industrie pendant le mariage tombant dans la communauté, dont le mari est le maître ([1]), il est juste que le mari et la communauté supportent les suites des engagements commerciaux dont ils partagent les bénéfices ([2]). Toutes les anciennes coutumes, tous les anciens docteurs, étaient d'accord sur ce point ([3]). Le tablier de la femme oblige le mari, dit un ancien proverbe, cité par Brodeau ([4]).

Il faut même avoir soin de remarquer, sur ce point, que le mari n'est pas seulement tenu des obligations de la femme, sur les biens de la communauté, mais aussi sur ses biens propres. C'est ce qui résulte de l'article 1419 du Code civil ([5]).

Cependant il faut distinguer, relativement aux conséquences de ces obligations, entre le cas où elles sont payées avec les biens de la communauté, et celui où elles sont payées avec les biens propres du mari. Comme, dans le premier cas, la communauté qui paye les dettes profite des bénéfices, la femme ne lui doit aucune récompense à raison des dettes payées, pas plus que la communauté n'aurait dû lui tenir compte des bénéfices qu'elle aurait réalisés. Ici le mari est l'associé de la femme. Mais dans le second cas, c'est-à-dire quand le mari paye avec ses biens propres, la femme doit une indemnité à son mari, qui dans cette hypothèse ne pouvait profiter des bénéfices de la femme, et qui n'est dès-lors qu'une sorte de caution solidaire ([6]).

([1]) C. civ., 1401, 1421, 1426.
([2]) M. Pardessus, n. 67.
([3]) V. Toubeau, p. 342 et suiv.
([4]) Sur Louet, lettre F, n. 11.
([5]) V. *inf.*, n. 338.
([6]) C. civ., 1419.

185. Les règles qui précèdent, sur l'obligation du mari, cessent d'être applicables à différents degrés, lorsque les époux se sont mariés sous un régime exclusif de la communauté, c'est-à-dire avec une clause simplement exclusive de la communauté, séparés de biens, ou sous le régime dotal.

Lorsqu'il n'y a qu'une simple clause exclusive de la communauté, le mari conservant l'administration des biens meubles et immeubles de la femme, et le droit de percevoir tout le mobilier qu'elle apporte en dot ou qui lui échoit pendant le mariage, en même temps que le droit de percevoir les fruits des biens pour soutenir les charges du mariage (1), il faut en conclure qu'il a également le droit de percevoir les bénéfices et les produits du commerce que sa femme est autorisée à faire, non comme *fruits* des biens de la femme, caractère qu'on doit refuser à ces produits (2), mais comme mobilier échu pendant le mariage. Il suit de là que le mari nanti des valeurs mobilières et immobilières de la femme, peut être contraint de payer avec ces valeurs les dettes que la femme a contractées dans son commerce, sauf à faire entrer les sommes qu'il a déboursées pour le payement de ces dettes, en ligne de compte et en déduction dans la restitution qu'il doit faire à la femme lors de la dissolution du mariage, ou de la séparation de biens, de tout le mobilier qu'il a perçu (3).

Quand au contraire les époux se sont mariés avec clause de séparation de biens ou sous le régime dotal, les créanciers de la femme marchande publique ne peuvent jamais agir contre le mari pour le payement des dettes contractées par la femme dans le commerce que son mari s'est borné à autoriser; en

---

(1) C. civ., 1530 et 1531.
(2) V. *inf.*, liv. IV.
(3) M. Pardessus, n. 71; c. civ., 1531. — Voy. *inf.*, n. 563 et suiv.

premier lieu, parce que la femme conserve l'entière administration de ses meubles et immeubles, et la jouissance libre de ses revenus (1), en second lieu, parce que la femme a la jouissance et l'administration de ses biens paraphernaux, les seuls qui soient aliénables (2); que le mari n'a que l'administration et la jouissance des biens dotaux, lesquels sont inaliénables, et qu'il n'a aucun droit sur les profits faits par sa femme, par suite des spéculations commerciales auxquelles elle s'est livrée pour son propre compte (3).

186. C'est une question que de savoir si, quand le mari est tenu des dettes de la femme marchande publique, il en est tenu par corps, alors même qu'il ne s'est pas engagé lui-même personnellement et conjointement avec elle. Dans l'ancien droit on admettait communément l'affirmative; et Brodeau (4) cite, entre autres décisions, un arrêt du parlement de Paris du 1er mars 1580, qui condamne un mari par corps pour dettes contractées par sa femme marchande publique pour le fait de son commerce, encore que ces dettes eussent été contractées par la femme seule, et que le mari n'eût point parlé dans l'obligation. On peut voir dans Brodeau (5), dans Toubeau (6), dans Ferrière (7), le détail des autorités qui s'étaient prononcées en ce sens. Cette opinion se fondait sur ce que « la femme doit obliger son mari de la même manière qu'elle l'est, puis-

---

(1) C. civ., 1536.
(2) C. civ., 1576.
(3) Colmar, 2 août 1825 (Dev. et Car., 8, 2, 122) et Toulouse, 17 av. 1831 (*ibid.*, 32, 2, 585, et Dall., 32, 1, 31). — Voy. *inf.*, n. 372.
(4) Sur Louet, lettre F, n. 11.
(5) *Ibid.*
(6) p. 546.
(7) Sur l'art. 234 de la Coutume de Paris. — *Adde*, Pothier, *De la puissance marit.*, n. 22; Renusson, *De la communauté*, 1re part., ch. 7, n. 44; Bourjon, *Droit commun de la France*, t. II, p. 708.

qu'il consent qu'elle fasse un négoce pour lequel elle est contraignable par corps, qu'il en profite, et même qu'il est le maître de ce que sa femme acquiert par ce moyen, pour en disposer à sa volonté, et en ce faisant rendre sa femme insolvable et sujette à la contrainte par corps (1). » Cette opinion, qui sous l'ancien droit n'était pas sans contradicteurs (2), a trouvé sous le nouveau droit beaucoup moins de partisans. Elle en a trouvé cependant qui se fondent, pour soumettre le mari à la contrainte par corps, sur ce qu'il est réputé l'associé de la femme, et sur ce que dans les sociétés de commerce, tous les associés sont tenus par corps des engagements contractés par celui d'entre eux qui a le droit de signer pour a société (3).

Mais les raisons qu'on a invoquées autrefois, de même que celles sur lesquelles on s'appuie aujourd'hui, reposent sur une fausse appréciation de la véritable position du mari d'une femme marchande publique. La règle générale est que la contrainte par corps doit être prononcée contre toute personne condamnée pour dette commerciale (4). Or, le mari commun en biens, ou non séparé, qui autorise sa femme à faire le commerce, et par suite se soumet à payer ses dettes, ne fait pas acte de commerce, et conséquemment ne contracte pas une dette commerciale, soit qu'on l'envisage comme caution de sa femme, soit qu'on l'envisage comme son associé.

Considéré comme caution, le mari se trouve protégé par ce principe posé dans l'article 2060 du Code civil, qui ne pro-

---

(1) Ferrière, *loc. cit.*

(2) Boyer, décis. 349; Le Caron sur la cout. de Paris; Papon, *ibid.*, cités par Toubeau, p. 344.

(3) M. Delvincourt, *Droit civil*, t. I, notes, p. 167, n. 6; M. Fournel, sur l'art. 3, tit. 2, de la loi du 15 germinal an VI, note 1.

(4) L. 17 avril 1831, art. 1.

nonce la contrainte par corps contre les cautions des contraignables par corps que lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte [1]; et il est manifeste que le mari, en autorisant sa femme à faire le commerce, et par suite en lui donnant un cautionnement indirect qui résulte, non d'une stipulation expresse, mais seulement de sa position particulière, n'a pas entendu se soumettre à la contrainte par corps.

Considéré comme associé, le mari ne se trouve pas dans une position pire. Si, en matière commerciale, les associés, tenus les uns pour les autres, sont contraignables par corps les uns comme les autres, cela n'a lieu qu'à l'égard des individus engagés dans les liens d'une société commerciale, qui comme tels sont réputés commerçants, et qui sont parties nécessaires, nommés ou innommés, à tous les actes faits dans l'intérêt social par l'associé administrateur. Mais ici il en est tout autrement, il n'y a aucune société commerciale entre le mari et la femme, il n'y a qu'une société civile, une société conjugale. C'est en vertu de cette association, antérieure à l'autorisation de faire le commerce, que le mari profite des bénéfices réalisés par la femme dans le commerce qu'elle fait en son nom seul; l'autorisation de faire le commerce, donnée par le mari à la femme, ne modifie en rien les droits et les obligations respectifs des époux qui ont été déterminés par leurs conventions matrimoniales; et cette autorisation, le plus ordinairement tacite, ne peut avoir pour effet de substituer à l'association conjugale préexistante, une société commerciale dont l'établissement est toujours soumis à de nombreuses formalités préalables.

Concluons de là que le mari n'est jamais tenu par corps

---

[1] Cass., 20 août 1833 (Dev. et Car., 33, 1, 743; Dall., 3, 1, 343), et 7 juin 1837 (Dev. et Car., 37, 1, 393).

des dettes commerciales de sa femme, à moins qu'il n'ait été partie à l'obligation, ou qu'en la cautionnant, il ne se soit expressément soumis à cette voie d'exécution (1).

187. Du reste, il ne faut pas perdre de vue, et c'est là un point fort important, que la femme n'oblige son mari par les actes qu'elle fait en son propre nom, que si elle est marchande publique, et qu'elle n'est pas marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari (2).

De plus, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, elle ne s'oblige pas elle-même quand elle n'est pas spécialement autorisée à s'engager personnellement.

Mais il ne faut pas conclure de là que la femme, qui ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari ne puisse jamais l'obliger; si elle agit comme préposée à la gestion du commerce de son mari, elle devient sa mandataire, et l'oblige par les actes de sa gestion pour lesquels elle est alors réputée avoir une autorisation suffisante (3). Elle pourrait, par la même raison et au même titre, l'obliger en souscrivant des lettres de change, si elle y avait été autorisée, ou si son mari était illettré (4) : *parvi refert quis sit institor,*

---

(1) M. Toullier, t. II, n. 639 et t, XII, n. 245; M. Duranton, t. II, n. 482; M. Vazeille, *Du mariage,* t. II, n. 338; M. Zachariæ, t. III, § 510, note 3. — Lyon, 26 juin 1822 (Dev. et Car., 7, 2, 91; Dall., 3, 739); Paris, 7 août 1832 (Dev. et Car., 33, 2, 32; Dall., 33, 2, 132).

(2) C civ., 220; c. comm., 3.

(3) Cass., 25 janvier 1821 (Dev. et Car., 6, 1, 372; Dall., 10, 137); 2 avril 1822 (Dev. et Carr., 7, 1, 48; Dall., 10, 138); Liège, 12 vent. an XII (Dall., 10, 136).

(4) Bruxelles, 27 février 1809 (Dev. et Car., 3, 2, 36; Dall., 10, 136); Dijon, 26 juin 1816 (Dev. et Car., 3, 2, 164; Dall., 17, 2, 3); Angers, 27 février 1817 (Dev. et Car., 6, 2, 32; Dall., 9, 771).

masculus vel fœmina (1). Mais comme dans ce dernier cas elle n'agirait qu'en qualité de mandataire, elle ne s'obligerait pas elle-même, à moins de circonstances particulières desquelles pourrait résulter une obligation (2).

188. Jusqu'ici nous nous sommes occupé de la femme marchande publique, et des droits ou des obligations qui naissent du commerce qu'elle fait en cette qualité. Il nous reste à rechercher les effets, relativement aux femmes en général, qu'elles soient ou non marchandes publiques, de certains actes qui ont le caractère commercial à un degré plus ou moins élevé.

Occupons-nous d'abord des lettres de change et des billets à ordre. — Ce qui suit s'applique non-seulement aux femmes mariées, mais encore aux filles qu'à cet égard la loi met sur la même ligne (3).

189. Il n'est pas douteux d'abord que les femmes ou les filles marchandes publiques puissent valablement apposer leur signature sur des lettres de change, des billets à ordre, soit qu'il s'agisse de les tirer et de les souscrire, de les accepter ou de les endosser. « *Si mercatrix sit fœmina*, dit Heineccius (4), *nullum est dubium quin rigor cambialis locum habeat, sive se primario obligaverit, sive intercesserit pro alio; nam omnia jura cambialia mercatricem cambiare permittunt* (5). Il ne suffit pas cependant, pour que la femme puisse souscrire des lettres de change ou des billets à ordre, qu'elle

(1) L. 7, § 1, *ff. De instit. act.* — Heineccius, *De vitiis negotiationis collybisticœ*, cap. II, § 8 : « *Adeo ut nonnullis locis sufficere si uxor mariti negotiationi præsit quamvis suis auspiciis mercaturam non exerceat* »

(2) M. Pardessus, n. 63. Voy. *inf.*, n. 194.

(3) C. com., 113.

(4) *De vitiis negotiationis collybisticœ*, cap. II, § 8.

(5) Arg. de l'art. 113, code comm.

soit marchande publique ; il faut que ces actes se rapportent à son commerce. « *Quin ne sufficit quidem*, dit encore Heineccius (1), *mercaturam exercere fœminam; sed oportet etiam litteras cambiales super negotio ad mercaturam pertinente datas esse; quod tamen in dubio tantisper præsumitur, dùm contrarium à fœminâ mercatrice non probetur.* » Du reste il est évident que la femme marchande qui a souscrit des lettres de change, ne cesse pas d'être obligée commercialement par sa signature, en cessant de faire le commerce. *In omne enim contractu ad initium contractûs potissimum respicitur* (2).

190. Mais il en est autrement des femmes et des filles, non négociantes ou marchandes publiques. Aux termes de l'article 113 du code de commerce, leur signature, sur des lettres de change ou des billets à ordre (3), ne vaut que comme *simple promesse*. L'engagement n'est donc pas complètement nul à leur égard. Leur signature les oblige, mais seulement comme elles seraient obligées sur une obligation ordinaire, c'est-à-dire que leur signature, sur une lettre de change ou un billet à ordre, ne produit aucun des effets particuliers attribués à ce genre d'obligation.

Ainsi, elles ne sont pas obligées par corps, puisque la contrainte par corps ne peut jamais être la sanction d'une simple promesse faite par un non commerçant (4).

Elles ne doivent ni droits de change, ni droits de rechanges, ni frais de retraite à raison des lettres de change qu'elles ont souscrites (5). Sur ces divers points il ne saurait y avoir de difficulté.

---

(1) *Elem. jur. camb.*, cap. 5, § 5.
(2) Heineccius, *ib.*, § 7.
(3) C. com., 187.
(4) V. *inf.*, n. 531.
(5) M. Merlin, *Répert.*, v° *Lettre de change*, § 5, n. 5, t. XVI, p. 631.

Il y a difficulté, au contraire, sur le point de savoir si cette simple promesse constitue, pour la femme, une obligation solidaire, de telle sorte qu'elle la soumette à l'action récursoire de tous les endosseurs, et non pas seulement à l'action personnelle du bénéficiaire de l'effet qu'elle a souscrit, ou de celui à qui elle l'a endossé, ou de celui qui en était porteur au moment où elle l'a accepté.

Je ne connais aucun précédent doctrinal ou jurisprudentiel sur cette question, qui doit cependant se trouver au fond de toutes les contestations qui s'élèvent à l'occasion des effets de la signature donnée par des femmes ou des filles non marchandes publiques, sur des lettres de change ou des billets à ordre, et dont la solution, dans un sens ou dans l'autre, soulève des objections qui ne sont pas sans gravité.

A ceux qui prétendraient que la solidarité existe contre les femmes ou les filles, non marchandes publiques, et que le porteur quel qu'il soit, a contre elles l'action récursoire que le droit spécial aux lettres de change accorde contre tous ceux qui les ont signées (1), on peut répondre que cette solidarité exceptionnelle n'est pas de l'essence des simples promesses; qu'elle est, au contraire, un des effets les plus remarquables des lettres de change, et que cet effet ne peut être produit par une obligation qui n'a d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, que le nom, et qui, à l'égard des femmes et des filles, n'est qu'une obligation purement civile.

A ceux qui prétendraient, au contraire, que les femmes et les filles, non marchandes publiques, signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, ne peuvent être poursuivies que par celui ou ceux envers qui elles se sont directement obligées, et qu'elles ne sont pas soumises à l'action recursoire

(1) C. com., 140.

des endosseurs subséquents, on peut répondre que si une simple promesse exclut les effets en quelque sorte extrinsèques de la lettre de change, tels que la contrainte par corps, les droits de change, de rechange et autres analogues, en un mot, tout ce qui rend l'exécution plus rigoureuse, tout ce qu'Heineccius appelle *rigor cambialis*, elle n'exclut pas ce qui est de l'essence même de l'obligation souscrite par la femme, ce qui en constitue une condition intrinsèque; et conséquemment la solidarité, qui est une manière de s'obliger commune aux matières civiles et aux matières commerciales, à laquelle se soumet de plein droit toute personne qui appose sa signature sur une lettre de change, de même que l'action récursoire de tous les endosseurs subséquents, qui est la suite et le complément de la solidarité.

Il est vrai que cette lettre de change ne produit pas vis-à-vis la femme les effets particuliers au contrat de change; mais ici la solidarité et l'action récursoire ne sont pas des effets du contrat de change considéré comme contrat commercial; elles sont l'effet de l'obligation contractée par la femme avec d'autres ou pour d'autres, et par laquelle, en s'engageant envers celui avec qui elle a contracté directement, elle s'est engagée envers tous ceux auxquels ce créancier direct aura transmis ses droits.

C'est ce dernier système qui me paraît devoir être préféré.

191. Du reste, si une femme non marchande tire ou signe une lettre de change conjointement avec son mari, la solidarité qui existe entre les femmes et les autres signataires, existe, à plus forte raison, entre elle et son mari [1].

192. L'article 113 du code de commerce, aux termes du-

---

[1] Riom, 22 novembre 1809 (Dev. et Car., 5, 2, 148 ; Dall., 6, 577) Paris, 8 février 1820 (Dev. et Car., 6, 2, 202 ; Dall., 6, 661).

quel la signature des femmes ou filles non marchandes publiques sur des lettres de change, ne vaut que comme simple promesse, a donné lieu à une autre question sur laquelle il y a une grande divergence entre les auteurs et les arrêts. C'est celle de savoir si, à raison de cette signature, la femme non marchande publique est justiciable des tribunaux de commerce ou des tribunaux civils. Pour la compétence des tribunaux civils on se fonde sur ce que les tribunaux de commerce, ne sont compétents, dans l'hypothèse dont il s'agit, ni à raison de la matière, puisqu'il ne s'agit pas, à l'égard de la femme, d'une lettre de change, mais d'une simple promesse qui n'a rien de commercial; ni à raison de la personne, puisque la femme n'est pas marchande publique ([1]).

Mais on répond avec raison que les lettres de change, bien que réputées simples promesses à l'égard de la femme, conservent néanmoins la forme tant extrinsèque que substantielle des lettres de change, et ont, par conséquent, un caractère exclusivement commercial, qui attribue aux tribunaux de commerce la connaissance des difficultés auxquelles elles donnent lieu, puisque l'article 632 du code de commerce soumet généralement les lettres de change, entre toutes personnes, à la juridiction commerciale.

Un autre argument se tire encore de l'article 636 du code de commerce, qui, en disposant d'une manière limitative que lorsque les lettres de change sont réputées simples promesses aux termes de l'article 112 (c'est-à-dire dans le cas où elles renferment des omissions qui leur font perdre le caractère de lettres de change), les tribunaux civils sont compétents

---

([1]) M. Delvincourt, *Instit. du dr. commercial*, t. II, p. 98, note 3. — Paris, 16 août 1811 (Dev. et Car., 3, 2, 354); Bordeaux, 11 août 1826 (Dev. et Car., 8, 2, 276); Limoges, 16 février 1833 (Dev. et Car., 33, 2, 277); Riom, 8 avril 1840 (*ibid.*, 1840, 2, 268).

pour en connaître, fait, par cela même, clairement entendre que lorsqu'une lettre de change est réputée simple promesse, dans le cas de l'article 113, relativement aux femmes ou filles non marchandes publiques, le tribunal de commerce conserve la compétence, qui, en cette matière, est de règle générale ([1]).

Il en est de même lorsque la signature des femmes ou des filles est apposée sur un billet à ordre dans tous les cas où des signatures d'individus commerçants, sur ce billet à ordre, en attibuent la connaissance aux tribunaux de commerce ([2]).

193. Au surplus, il ne faut pas perdre de vue que la signature d'une femme non marchande publique, sur une lettre de change ou un billet à ordre ne vaut, comme simple promesse, qu'autant qu'elle a été autorisée par son mari. Si elle n'avait pas été autorisée, soit par le consentement écrit de son mari, soit par son concours dans l'acte, elle serait recevable à demander la nullité de son engagement, qui ne la lierait en aucune manière, ni civilement, ni commercialement ([3]).

Quand le consentement du mari est donné par écrit, il est facile d'en apprécier la portée; mais il y a plus de difficulté sur le point de savoir, en matière de lettres de change ou de billets à ordre, ce qui, en l'absence d'un consentement écrit, constitue un concours duquel résulte une autorisation suffisante.

([1]) M. Merlin, *Répert.*, v° *Lettre de change*, § 5, n. 5; M. Carré, *Compét.*, n. 392. — Limoges, 19 mai 1815 (Dev. et Car., 4, 2, 313); Aix, 22 février 1822 (Dev. et Car., 7, 2, 28); Montpellier, 20 janvier 1835 (Dev. et Car., 35, 2, 356); Cass., 26 juin 1839 (*ibid.*, 39, 1, 878).

([1]) C. com., 636.

([2]) C. civ., 217. — *Cæterum si vel maximè fœminis non mercatricibus negotiatio collybistica conceditur, regulariter tamen cambiare non possunt, nisi vel curatoris, vel adsistentis auxilio utantur.* (Heineccius, *Elem. jur. camb.*, cap. 5, § 8).

Si la femme s'oblige conjointement et solidairement avec son mari, il y a concours formel du mari, et consentement exprès et nécessaire à l'obligation de la femme qui se confond avec celle du mari.

Il en est de même dans le cas où la femme accepte une lettre de change tirée sur elle par son mari. Le mari qui fait traite sur sa femme l'autorise évidemment à accepter la lettre de change qu'il lui adresse : il fait même plus, puisqu'il lui en donne en quelque sorte l'ordre (1).

Mais il en serait autrement dans l'hypothèse inverse, c'est à-dire dans le cas d'une lettre de change tirée par la femme sur son mari ; l'acceptation de cette lettre de change par le mari ne constituerait pas une autorisation valable, parce qu'ici l'autorisation n'interviendrait qu'après l'obligation souscrite par la femme, tandis qu'il est de principe que l'autorisation doit être donnée, à peine de nullité avant l'acte, ou du moins au moment même où il est passé (2). Une autorisation postérieure à l'acte n'est plus qu'une ratification, et ce n'est pas une ratification qu'exige l'article 217 du du Code civil ; c'est une autorisation et une obligation simultanées (3).

Cependant s'il était prouvé, soit par la teneur même de la lettre de change, soit par la preuve testimoniale (4) que l'acceptation du mari est intervenue au moment même où la femme tirait la lettre de change, de telle sorte que les deux obligations du mari et de la femme, auraient été simultanément contractées l'une à cause de l'autre, l'acceptation in-

---

(1) M. E. Persil, *De la lettre de change*, sur l'art. 115 c. com., n. 3. — Caen, 2 août 1814 (Dev. et Car., 4, 2, 401).

(2) Paris, 12 janvier 1815 (Dev. et Car., 5, 2, 7).

(3) Cass., 26 juin 1859 (Dev. et Car., 59, 1,878).

(4) Turin, 17 décembre 1810 (Dev. et Car., 3, 2, 572).

tervenue dans ces circonstances devrait être considérée comme une autorisation suffisante.

Au surplus, l'acceptation par la femme d'une lettre de change tirée par son mari ne fait supposer une autorisation antérieure, que lorsque la lettre de change est tirée par le mari sur la femme elle-même. Dans le cas contraire, l'acceptation de la femme n'est plus qu'un cautionnement qu'elle donne à son mari et qui nécessite une autorisation expresse. Il en serait de même si la femme signait *pour caution* une lettre de change tirée par son mari sur un tiers (1), ou si elle y apposait son aval (2).

194. Du reste, il ne faut pas confondre les lettres de change souscrites par la femme non marchande publique, en son propre nom, et celles qu'elle souscrit au nom de son mari dont elle gère le commerce, en vertu d'un mandat tacite ou exprès. Les premières seules sont considérées comme simples promesses : les secondes, au contraire, obligent le mari commercialement. « S'il était prouvé, dit très bien Pothier (3), que la femme d'un marchand est dans l'usage de signer, au su de son mari, des lettres de change pour son mari, qui peut-être ne sait pas écrire, sa signature, en ce cas, serait valable : mais ce ne serait pas elle qui serait censée contracter et qui s'obligerait; ce serait son mari qui serait censé contracter par le ministère de sa femme. » Ces lettres de change peuvent, suivant les circonstances, obliger la femme; mais les circonstances qui font reconnaître

(1) Riom, 2 fév. 1810 (Dev. et Car., 3, 2, 197).

(2) *Si mercaturam non exercet fœmina, dupliciter contingere potest ut ejus cambium sit vitiosum et inutile : primum si fœmina intercedat pro aliis, cambium acceptet, mariti cambio suscribat; deindè si leges provinciales vel statutariæ mulieres perpetuæ curatelæ subjiciant.* (Heineccius, *De vitiis negot. collybis.*, cap. 2, § 8).

(3) *Du Contrat de change*, n. 28.

s'il y a obligation, en déterminent aussi l'étendue (1).

195. Sur le point de savoir si la femme mariée peut acquérir des droits de propriété littéraire, obtenir un brevet d'invention, il faut se référer à ce qui a déjà été dit sur ces divers points à l'égard des mineurs dont la position est, à cet égard, identique à celle des femmes (2).

196. Enfin on s'est demandé si une femme peut être arbitre.

S'il s'agit d'un arbitrage forcé qui donne aux arbitres le caractère momentané de fonctionnaires publics, il ne me paraît pas douteux que les femmes ne peuvent remplir un office qui excède leur capacité civile et politique. Tous les auteurs sont, je crois, d'accord sur ce point (3).

S'il s'agit, au contraire, d'un arbitrage volontaire, la question devient plus délicate.

L'arbitre volontaire ne remplissant pas une fonction publique, il semble au premier abord que les femmes qui, en règle générale, peuvent être mandataires (4), sont, par cela même, capables d'être arbitres, puisque les arbitres ne sont en quelque sorte que des mandataires. Cependant je me décide pour l'opinion contraire. Je ne puiserai pas les arguments sur lesquels je me fonde dans la loi de l'empereur Justinien qui défendait aux femmes d'être arbitres, pas plus que je ne crois nécessaire de répondre aux arguments qu'on chercherait en sens inverse dans le droit canon. Mais il me semble que les arbitres volontaires remplissant une sorte de

---

(1) V. *sup.*, n. 187.

(2) V. *sup.*, n. 123 et 124.—V. aussi *inf.*, tit. 4, ch. 1, ce qui est relatif aux droits du conjoint de celui des époux qui a obtenu une propriété littéraire ou industrielle.

(3) V. M. Chauveau sur Carré, n. 3260. — V. cependant M. Cubain, n. 684.

(4) C. civ., 1990.

magistrature, et faisant l'office de juges, à tel point que leur sentence, une fois revêtue de l'ordonnance d'exéquatur, est un véritable jugement, soumis à la voie de l'appel, comme les jugements des tribunaux ordinaires, une femme ne peut être appelée à remplir ces fonctions essentiellement viriles. Et si l'on me demandait sur quelle loi je me fonde pour repousser les femmes de l'arbitrage, je demanderais sur quelle loi on se fonde pour les repousser des fonctions publiques : je ne crois pas qu'il y ait une seule loi qui se soit formellement expliquée à cet égard. C'est un point de droit public, sous entendu dans la loi, parce qu'il est écrit dans les mœurs (1).

—

CHAPITRE V.

DES FAILLIS.

SOMMAIRE. — 197. Ce que c'est que la faillite. — 198. La faillite est un fait exclusivement commercial,

197. Nous venons, dans les chapitres qui précèdent, de passer en revue les incapacités qui, établies par le droit civil, réagissent sur le droit commercial, en comprenant les actes commerciaux dans la généralité des actes interdits aux incapables, ou qu'ils ne peuvent faire que sous certaines conditions d'autorisation préalable.

Nous allons nous occuper ici d'une incapacité particulière établie par le droit commercial, mais dont les effets ne sont pas

(1) Arrêt du Parlement de Paris, du 29 août 1602 (M. Merlin, *Rép.*, v° *Arbitrage*, n. 1); arrêt du Parlement de Bretagne, du 6 septembre 1610 (*ibid.*, Devolant, lettre A, ch. 9). M. de Vatimesnil, *Encyclop. du droit.*, v° *Arbitrage*, n. 158; M. Rodières, t. I, p. 11. — En sens contraire, M. Chauveau sur Carré, n. 3260; M. Cubain, n. 684.

seulement concentrés dans les actes commerciaux, et embrassent de plus, dans le cercle d'interdiction dont elle frappe le commerçant, des actes et des droits purement civils.

Je veux parler de la faillite.

La faillite est l'état de tout commerçant qui cesse ses payements. C'est la définition qu'en donne l'article 437 du Code de commerce.

198. Payer ses dettes est l'obligation de tout débiteur : c'est là une règle commune aux matières civiles et aux matières commerciales. Mais tandis qu'en matière civile celui qui ne paye pas ses dettes n'est soumis qu'aux poursuites individuelles, plus ou moins générales, que ses créanciers peuvent diriger contre lui, le commerçant qui cesse ses payements, et qui est déclaré en état de faillite, se trouve placé, sous le rapport de sa personne, de ses biens et de ses droits, dans un état exceptionnel dont je me propose d'examiner ici le caractère et les effets.

Nous allons rechercher d'abord le caractère de l'état de faillite ; nous nous occuperons ensuite de ses effets.

—

SECTION I. — CARACTÈRES DE L'ÉTAT DE FAILLITE.

SOMMAIRE. — 199. Diverses espèces de faillite. — 200. La faillite n'est pas l'insolvabilité. — 201. Caractères constitutifs de la faillite. Cessation de payements. — 202. La suspension de payements équivaut-elle à la cessation de payements? — 203. La cessation de payements doit elle être générale? — 204. Celui qui n'a qu'un seul créancier peut-il être déclaré en état de faillite? — 205. La cessation de payements des dettes civiles produit-elle la faillite? — 206. Qu'entend-on par créances commerciales? — 207. La déclaration de faillite peut être provoquée par des créanciers civils. — 208. Il y a faillite quoique la cessation ne provienne pas d'une cause commerciale. — 209. Déclaration de la faillite. Jugement déclaratif. — 210. Fixation de la date de la cessation de payements. — 211. Voies de recours contre le jugement déclaratif et contre celui qui fixe la date de la cessation de payements. — 212. Délais du recours. — 213. Ces jugements sont-ils susceptibles d'appel? —214. L'état de faillite peut-il exister sans jugement déclaratif?—215. La faillite

peut-elle être déclarée incidemment par les tribunaux civils? — 216. Tribunal compétent pour déclarer la faillite. — 217. Faillite des sociétés. — 218. La faillite de la société entraîne-t-elle celle des associés solidaires? — 219. L'associé commanditaire qui a fait acte de gestion peut-il être déclaré en état de faillite? — 220. La faillite d'un associé n'entraîne pas celle de la société. — 221. Lorsqu'un individu est membre de deux sociétés, la faillite d'une société n'entraîne pas celle de l'autre. — 222. Un commerçant peut être déclaré en faillite après son décès.

199. La loi, comme je l'ai déjà dit, définit la faillite : l'état de tout commerçant qui cesse ses payements. Un ancien auteur allemand, Wegnern, avait donné de la faillite une définition plus complète : *Bancciruptor est debitor qui casu culpâve inter negotiandum non solvendo factus est.* Straccha dit dans des termes équivalents, mais plus explicites : *Decoctor est qui fortunæ vitio, vel suo, vel partim fortunæ, partim suo vitio, non solvendo, foro cessit* (1).

Il suit de ces définitions qu'il y a deux espèces de faillites : l'une où le débiteur est malheureux, l'autre où il est coupable. Dans notre droit, le premier retient le nom générique de failli; le second prend celui de banqueroutier, *bancciruptor* (2). La faillite simple est un fait purement civil; la banqueroute, au contraire, est un délit (3).

200. Il suit encore de ces définitions qu'il y a faillite, quoiqu'il n'y ait pas impossibilité de payer plus ou moins absolue : il suffit qu'il y ait cessation de payements, c'est-à-dire que le débiteur ne paye pas, quoiqu'il le puisse : ce qui arrive lorsque, par fraude, il feint de ne pas le pouvoir ; ou lorsque, n'étant pas payé de ses dettes actives, il se trouve dans l'im-

---

(1) *De decoctoribus*, 2e part., n. 2. — *Decoctor*, dit Straccha, *descendit a verbo, decoquo. — Dicitur decoctus quia substantiam suam consumit sicut ignis paulatim coquendo diminuit* (Roccus, *De decoctione*, note 1, n. 2).

(2) De l'italien *Bancca rotta*, banque rompue.

(3) C. com., 585. V. *inf.*, sect. 3.

possibilité actuelle de payer ses dettes passives. C'est là ce qui distingue le débiteur failli du débiteur insolvable. Celui dont l'actif excède le passif est failli, s'il cesse de payer; tandis que celui dont l'actif excède le passif peut ne pas être en faillite, s'il trouve dans son crédit les ressources nécessaires pour faire face à ses engagements. C'est donc à tort qu'un ancien auteur, Roccus (1), voit dans l'excédant du passif sur l'actif un signe certain de la faillite, tandis que cette circonstance ne peut jamais être qu'une cause de la faillite, cause qui n'est pas toujours déterminante.

Du reste, celui qui, pour ne pas payer ses dettes, dissimule ses facultés, et qui se rend ainsi coupable d'une fraude, n'est pas seulement un failli, c'est de plus un banqueroutier à un degré plus éminent encore que celui qui n'a que des fautes à se reprocher (2).

201. C'est donc la cessation de payements qui est le caractère constitutif de la faillite; mais comme la cessation de payements est un fait le plus ordinairement complexe, il est impossible d'en déterminer les symptômes d'une manière précise et uniforme. La loi l'a plusieurs fois tenté, mais sans succès. L'article 1er du titre des *faillites et banqueroutes*, de l'ordonnance de 1673, réputait la faillite ou banqueroute ouverte « du jour que le débiteur s'était retiré, ou que le scellé avait été apposé sur ses biens »; ce qui était indiquer deux symptômes seulement d'un fait dont les symptômes peuvent se multiplier à l'infini. L'article 441 du Code de commerce de 1808, qui avait voulu être plus explicite, n'avait réussi qu'à être

---

(1) *Inter alias probationes décoctionis potissima est illa quando perpensis facultatibus debitoris recognoscit judex non possidere tot bona quæ pro solutione debitorum satis superque sint.* (*De decoctione*, note 5, n. 16).

(2) C. com., 586. — Voy. *inf.*, sect. 3.

plus obscur, en semblant limiter aux faits qu'il indiquait (tels que la retraite du débiteur, la clôture de ses magasins, la date des actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce) les caractères essentiellement fugitifs et mobiles d'un fait dont l'aspect varie selon la diversité des circonstances qui le produisent. Aussi la loi de 1838, en se bornant à indiquer le fait constitutif de la faillite, a abandonné aux juges le soin de décider, d'après les circonstances que leur expérience commerciale les met à même d'apprécier sainement, s'il y a cessation de payements, et par suite si la faillite peut être déclarée; reconnaissant enfin la vérité de ces paroles de Casaregis (1) et du Cardinal de Luca (2), qui condamnaient d'avance les essais de nos législateurs : « *Ad probandam decoctionem certa regula non est in jure determinata, neque ad probandum quandò quis sit proximus decoctioni.* »

202. C'est, par la même raison, aux tribunaux à déterminer si le commerçant qui suspend ses payements, les cesse. Les jurisconsultes italiens, qui avaient une tendance très prononcée à ne voir la faillite que dans l'insolvabilité absolue du débiteur, dans l'excédant du passif sur l'actif, se refusaient par la même raison à toute assimilation de la suspension et de la cessation de payements (3). Ce serait se jeter dans une exagération contraire que de voir nécessairement une faillite dans une suspension de payements; mais c'est se tenir dans le vrai que de reconnaître qu'une suspension de payements, qui est une cessation de payements momentanée, peut déterminer l'état de faillite, et de laisser aux tribunaux le soin de distinguer un temps d'arrêt, sans perturbation dans

(1) *Disc.* 179, n. 88.
(2) *De credito*, *Disc.* 10, n. 13.
(3) Casaregis, *Disc.* 192, n. 2.

les affaires du commerçant, d'une suspension qui interrompt les opérations, et dont le terme, bien que prévu, ne pourra effacer les traces.

203. Il n'est pas, du reste, nécessaire que la cessation de payements caractéristique de l'état de faillite soit générale et s'applique à tous les payements. Il est bien certain que celui qui par des motifs spéciaux refuse de payer certaines dettes, soit parce qu'il ne les reconnaît pas, soit parce qu'il a des exceptions à opposer au créancier, et qui cependant fait honneur à ses autres engagements, ne peut être déclaré en état de faillite. Mais celui qui, sans raison particulière, cesse de payer les uns, tandis qu'il paye les autres, n'en doit pas moins être déclaré en faillite ([1]); s'il en était autrement, un débiteur pourrait favoriser les uns aux dépens des autres, ce que la loi des faillites a précisément pour but d'empêcher. Cesser de payer quelques dettes, c'est faire présumer qu'on est dans l'impossibilité de les payer toutes intégralement, ce qui équivaut dès-lors à une cessation de payements générale.

204. Cela nous conduit à examiner si celui qui n'a qu'un seul créancier, qu'il ne paie pas, peut être en état de faillite. Quelque extraordinaire qu'il puisse paraître qu'un commerçant n'ait qu'un seul créancier, cependant ce n'est pas là une question d'école, et que la théorie seule ait soulevée : elle s'est au contraire, surtout depuis quelque années, plusieurs fois présentée dans la pratique. Le 30 mai 1838, la cour royale de Paris a jugé qu'un commerçant ne pouvait être déclaré en faillite lorsqu'il n'avait qu'un seul et unique créancier, par ce motif que l'état de faillite a pour but principal de déterminer la position et de fixer les droits de chacun des créanciers; et qu'un créancier unique peut toujours agir seul et de son

---

([1]) V. cependant M. Renouard, *Des faillites*, t. I, p. 228. 2e *édit.*

chef contre son débiteur (1). Mais depuis, la cour royale d'Orléans a jugé le contraire le 29 mai 1840 (2), et la cour de cassation a consacré ce système en rejetant, le 7 juillet 1841 (3), le pourvoi formé contre l'arrêt d'Orléans, et en cassant, le 6 décembre 1841 (4), l'arrêt de Paris, par des motifs pris de la généralité des dispositions du Code de commerce.

Quant à moi, je suis porté à croire que la question n'a pas été prévue par la loi. Il est même à remarquer que les principales dispositions législatives touchant les faillites, supposent l'existence de plusieurs créanciers, et sont faites dans cette supposition. Mais de là on aurait tort de conclure que la faillite ne peut être prononcée quand il n'y a qu'un seul créancier. Et cela par deux raisons principales. La première, c'est que celui qui a contracté avec un commerçant a pu voir une garantie dans la qualité de son débiteur et dans les voies extraordinaires qu'elle autorisait contre lui, garantie qu'il ne peut perdre par une circonstance indépendante de sa volonté. La seconde, c'est qu'il peut y avoir autant d'intérêt pour un seul que pour plusieurs à faire déclarer la faillite. Tel est le cas, par exemple, où le créancier unique aurait intérêt à faire annuler les actes consentis par son débiteur à une époque voisine de celle où il est devenu insolvable (5).

205. Nous avons vu que le commerçant seul peut être déclaré en état de faillite : c'est le texte même de l'article 437 du Code de commerce. Mais on peut se demander si, pour constituer l'état de faillite d'un commerçant, la cessa-

(1) Dev. et Car., 39, 2, 159.
(2) *Ibid.*, 40, 2, 363.
(3) *Ibid.*, 41, 1, 370.
(4) *Ibid.*, 42, 1, 77.
(5) Voy. *inf.*, sect. 2, § 2.

tion de payements doit avoir lieu à l'occasion d'engagements commerciaux, et si le commerçant qui n'acquitterait pas ses obligations civiles, tout en payant exactement ses promesses et ses obligations commerciales, ne pourrait pas être déclaré en état de faillite ?

Sous l'ancien Code de commerce, la question ne me paraît pas avoir pu faire l'objet d'un doute sérieux : elle était résolue non-seulement par les principes, mais encore par le texte formel de l'article 441 qui, en décrivant les faits de nature à déterminer l'époque de l'ouverture de la faillite, mentionnait spécialement le refus d'acquitter ou de payer des *engagements de commerce ;* ce qui excluait évidemment de la classe des faits caractéristiques de l'état de faillite, le refus de payer ou d'acquitter des engagements purement civils. Aussi avait-il été jugé le 17 août 1818 par la cour de Metz (1) qu'il n'y avait point cessation de payements de la part d'un commerçant, dans le sens de l'article 441, par cela seul qu'il y avait refus ou retard d'acquitter des dettes non commerciales, et que des poursuites avaient été dirigées contre lui à l'occasion de ces dettes (2).

La loi nouvelle n'a pas, il est vrai, reproduit l'ancienne disposition de l'article 441, mais elle ne la contredit pas; et comme elle repose sur les mêmes principes, la même solution doit être admise.

En effet, le nouvel article 441, en laisant aux juges le soin de décider, d'après les circonstances, s'il y a cessation de payements, et par suite s'il y a faillite, sans reproduire l'énumération des faits qui, suivant l'ancien article 441, étaient

(1) Dev. et Car., 5, 2, 414.

(2) M. Pardessus, n. 1101 ; M. Boulay-Paty, *Des faillites*, n. 26 et 34; M. Favard, *Répert.*, v° *Faillite*, § 1; M. Locré, sur l'article 441, n. 4.

des symptômes de cette cessation, ne leur a pas donné un pouvoir discrétionnaire tel qu'ils puissent arbitrairement déclarer une faillite, là où ne se trouveraient pas les symptômes caractéristiques de ce fait éminemment et exclusivement commercial : il leur a donné un pouvoir subordonné à certaines règles et à certains principes préexistants qui dominent nécessairement la matière. Or, le commerçant seul peut être déclaré en état de faillite; et, comme le fait très bien observer M. Locré (1), l'homme qui se livre au commerce réunit deux qualités qui n'ont rien de commun, celle de commerçant et celle de particulier. S'il est soumis au droit exceptionnel qui régit le commerce, pour tout ce qu'il fait dans la première de ces qualités, il demeure sous le droit commun toutes les fois qu'il agit dans l'autre, c'est-à-dire lorsqu'il traite ou qu'il s'engage comme propriétaire ou consommateur. Cela est si vrai que la juridiction commerciale qui le revendique lorsqu'il este en justice à l'occasion de ses engagements commerciaux, l'abandonne à la juridiction civile ordinaire, lorsqu'il ne s'agit que des engagements qu'il a pris comme particulier, propriétaire ou consommateur. Par la même raison donc, celui qui manque à ses engagements comme particulier, sans y manquer comme commerçant, ne peut être déclaré en état de faillite, parce qu'alors le commerçant ne cesse pas ses payements et que ses engagements commerciaux ne sont pas en souffrance (2).

Cependant la cour royale de Nancy a jugé récemment, le 30 juillet 1842 (3), que la cassation de payements de ses dettes civiles de la part d'un commerçant, le constitue en état de

---

(1) *Loc. cit.*, *sup.*
(2) M. Laisné, *Des faillites*, p. 12.
(3) Dev. et Car., 42, 2, 498.

faillite, aussi bien que la cessation de payements de ses dettes commerciales. Cette cour se fonde sur ce qu'il n'est pas possible d'admettre qu'un commerçant qui cesserait de payer ses dettes civiles, et qui, par cette raison, serait en état de déconfiture patente, puisse en même temps continuer ses opérations de commerce, et éviter l'état de faillite en contractant de nouvelles dettes civiles et en ne les payant pas, pour faire face d'un autre côté à ses dettes commerciales.

On comprend peu, d'abord, comment des dettes purement civiles seraient employées à faire face à des engagements commerciaux (1), puisque, quelle que fût l'origine de l'obligation souscrite par un commerçant, elle deviendrait commerciale par cela seul qu'elle aurait son commerce pour objet définitif, et qu'elle y entrerait par suite de l'emploi qui en serait fait à l'extinction des dettes commerciales. En fait, il est donc assez difficile de comprendre une situation telle que la suppose la cour royale de Nancy. Mais, en droit, cette situation et ses analogues sont faciles à comprendre. Celui qui traite avec un commerçant une affaire purement civile, sait que la qualité de son débiteur ne lui sera d'aucun secours; qu'il ne pourra invoquer ni la célérité de la procédure commerciale, ni demander la contrainte par corps. Comment pourrait-il, dès lors, prétendre au bénéfice, beaucoup plus grand, de le faire déclarer en état de faillite? Il faudrait, pour cela, que toutes les créances du commerçant fussent mises sur la même ligne, quelles que fussent leur cause ou leur nature : ce qui ne peut pas être, puisque les unes sont civiles et régies par le droit commun, et que les autres sont commerciales et régies par le droit particulier au commerce. Il est bien vrai qu'une fois la faillite d'un commerçant déclarée

(1) V. *inf.*, n. 206.

pour cessation de payements de ses dettes commerciales, les dettes civiles entreront dans le passif de la faillite et se trouveront régies par les mêmes dispositions que les dettes commerciales; mais on aurait tort de conclure de ce qui se passe après la déclaration de faillite, à ce qui doit ou peut se passer avant. « La législation sur les faillites, dit très bien M. Renouard (1), est exclusivement commerciale; et pour être en faillite, il faut être commerçant. Mais comme la faillite est un état général et indivisible, qui s'étend sur la personne du failli et sur l'universalité, tant de ses dettes que de ses biens, il n'y a aucune distinction à faire, une fois sa faillite déclarée, entre ce qui est d'origine commerciale, et la partie non commerciale de ses affaires. » — Mais comme cette indivisibilité, qui est le résultat et l'effet de la faillite, ne peut exister avant la cause qui la produit, et comme avant la faillite les dettes sont distinctes et par leur nature et par leurs effets, j'en conclus qu'on ne peut réputer en état de faillite que le commerçant qui cesse de payer ses dettes commerciales, et non celui qui ne laisse en souffrance que ses obligations civiles.

Le savant magistrat que je viens de citer a cependant émis une opinion contraire (2). Mais il me paraît s'être mis par là en contradiction avec les principes qui servent de base à la solution qu'il a donnée lui-même, sur le point de savoir si la faillite, une fois déclarée, les dettes civiles entrent dans la faillite comme les dettes commerciales. Il est évident, en effet, que si les dettes civiles devaient, avant la faillite, être mises sur la même ligne que les dettes commerciales, de telle sorte que le non-payement de celles-là autorisât la déclara-

(1) *Des faillites*, t. I, p. 231, nouv. édit.
(2) T. I, p. 264.

tion de faillite aussi bien que le non-payement de celles-ci, il n'y aurait pas lieu de se demander si les unes et les autres sont placées sur la même ligne après la faillite; et que le principe de l'indivisibilité de la faillite déclarée, n'aurait plus aucune influence à exercer sur un point qui ne serait plus en question avant la déclaration. Réduire la difficulté à l'état de vaine hypothèse, comme semble le faire cet auteur, c'est supposer une objection qui est contredite par la réalité des espèces. Il faut donc la résoudre en elle-même, d'après les principes qui le régissent, et non par une sorte de prétérition qui la laisse subsister ; et il est à regretter que M. Renouard, qui plus que tout autre était à même d'approfondir la question et d'éclairer sa solution, soit dans un sens, soit dans l'autre, n'ait pas cru devoir s'y arrêter d'une manière plus particulière.

206. Du reste, il ne faut pas perdre de vue que par créance commerciale on doit entendre, non pas seulement celle qui est commerciale par la forme, mais aussi celle qui est commerciale, soit par sa cause, soit par son objet, lors même qu'elle aurait une forme civile. Une créance dont la cause est commerciale ne deviendrait donc pas purement civile, parce qu'elle aurait été contractée par acte notarié, et qu'on y aurait affecté un gage ou une hypothèque. Le défaut de payement de cette créance suffit dès-lors pour faire déclarer la faillite du débiteur (1).

207. Mais s'il faut la cessation de payements des créances commerciales pour déterminer l'état de faillite, ce n'est pas une raison pour que la déclaration judiciaire de cet état ne puisse pas être provoquée par les créanciers civils quand le débiteur cesse d'acquitter ses engagements commerciaux (2).

---

(1) Paris, 27 nov. 1841 (Dev. et Car., 42, 2, 50).
(2) *Ibid.*

Puisque l'état de faillite profite à tous, tous sont recevables à en provoquer la déclaration quand les circonstances constitutives de cet état viennent à se manifester.

208. Ajoutons que s'il est nécessaire, pour qu'un commerçant soit en état de faillite, qu'il cesse de payer ses dettes commerciales, il n'est pas nécessaire que cette cessation provienne d'une cause commerciale. C'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 18 mars 1826 (1), qu'un commerçant peut être constitué en état de faillite par une cessation de payement résultant de son arrestation par mesure administrative.

209. La faillite ainsi manifestée par les faits constitutifs de la cessation de payement, est déclarée par jugement du tribunal de commerce du domicile du failli, rendu, soit sur la déclaration faite par le failli qu'il a cessé ses payements, soit sur la requête d'un ou de plusieurs de ses créanciers, soit d'office (2). Le failli qui ne fait pas sa déclaration au greffe, dans les trois jours de sa cessation de payement, doit être déposé dans la maison d'arrêt pour dettes (3), et peut être puni comme banqueroutier (4). Il doit, sous les mêmes peines, joindre à cette déclaration le dépôt de son bilan, c'est-à-dire de l'exposé de la situation de son actif et de son passif, ou l'indication des motifs qui l'empêchent de le déposer (5).

210. Par le jugement déclaratif de faillite ou par jugement ultérieur, le tribunal détermine, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée, l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des payements; mais à défaut de détermination

(1) Dev. et Car., 8, 1, 302.
(2) C. com., 440.
(3) C. com., 456. — Voy. *inf.*, sect. 2, § 1.
(4) C. com., 586.
(5) C. com., art. 438 et 439.

spéciale, la cessation de payements est réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif (1).

211. Le jugement déclaratif de faillite et celui qui fixe à une date antérieure l'époque de la cessation de payements ne sont pas susceptibles d'appel, mais seulement d'opposition de la part du failli, dans la huitaine, et de la part de toute partie intéressée (ce qui, outre les créanciers, comprend ceux qui, à quelque titre que ce soit, ont intérêt à faire juger qu'il n'y a pas eu faillite ou à en faire changer la date), pendant un mois, à partir de l'affiche et de l'insertion du jugement dans l'auditoire du tribunal et dans les journaux (2). Cependant aucune demande des créanciers, tendant à faire fixer la date de la cessation de payements à une époque autre que celle qui résulte du jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement postérieur, n'est recevable après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances (3). Il suit de là que les créanciers peuvent perdre le droit d'opposition par l'expiration des délais pour l'affirmation et la vérification des créances, tandis que, pour le failli et pour les autres intéressés, il subsiste, quelle que soit la date de la vérification et de l'affirmation des créances, pendant tout le mois qui court à partir de l'affiche et de l'insertion du jugement. C'est ce qui résulte de la combinaison des articles 580 et 581 du Code de commerce.

212. Cependant l'application de cet article 581 n'est pas sans difficulté. De quel délai entend-il parler lorsqu'il dit qu'aucune demande du créancier tendante à faire fixer la date de la cessation de payements à une époque autre que

---

(1) C. com., art. 441.
(2) C. com., art. 442 et 580.
(3) C. com., art. 581.

celle qui résulterait du jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement postérieur, ne sera recevable après l'expiration des délais pour l'affirmation ou la vérification des créances? C'est ce qu'il n'exprime pas; et cependant ces délais sont de plusieurs sortes. Il y a d'abord le délai de vingt jours donné aux créanciers domiciliés dans le lieu où siège le tribunal saisi de l'instruction de la faillite; il y a ensuite le délai de vingt jours avec augmentation d'un jour par cinq myriamètres de distance pour les créanciers domiciliés en France, hors du lieu où siège ce tribunal; il y a encore ce même délai de vingt jours augmenté conformément à l'article 73 du code de procédure pour les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France (1); il y a enfin le délai, en quelque sorte indéfini, donné aux retardataires, que l'article 503 autorise à se présenter, tant qu'il y a encore des deniers à répartir. Voilà donc quatre délais différents, entre lesquels l'article 581 ne se prononce pas.

On peut même encore se demander si le droit de faire changer la date de la cessation de payements n'expire pas pour chaque créancier aussitôt que les délais de vérification et d'affirmation sont expirés à son égard. Mais ce dernier système est repoussé par un arrêt de la cour de Limoges, du 9 décembre 1840 (2), qui juge avec raison que le droit de faire changer l'époque de la cessation de payements ou de l'ouverture de la faillite, ne cesse qu'après la clôture définitive du procès-verbal de vérification des créances, et non après chaque vérification individuelle. Il est également repoussé par un arrêt de la cour de cassation du 4 janvier 1842 (3),

(1) C. com., 492.
(2) Dev. et Car., 42, 2, 180.
(3) *Ibid.*, 42, 1, 267.

qui décide nettement que le droit d'un seul à demander ce changement, conserve le droit de tous. Cette solution est logique, car on ne comprendrait pas que les créanciers non vérifiés ou négligents puissent se pourvoir pour faire changer l'ouverture de la faillite, et que ce droit fut refusé aux créanciers vérifiés et diligents.

Mais peut-on admettre avec ce dernier arrêt, que le droit de demander le changement de l'ouverture de la faillite existe tant qu'il y a encore des créances à vérifier, de telle sorte que les créanciers aient, pour demander ce changement, le délai indéfini de l'article 503? Est-il vrai que les créanciers qui ne se sont pas présentés dans le délai spécial qui leur était imputé, soient encore recevables, en se présentant plus tard, à tout remettre en question? C'est ce dont il est permis de douter, surtout si l'on remarque que l'article 503, tout en les autorisant à se présenter, protège les faits accomplis contre les effets de leur tardive arrivée, en leur défendant de prendre part aux répartitions antérieures. Je ne pense pas que l'article 581, qui a voulu resserrer dans des limites certaines la faculté de demander le changement de l'ouverture de la faillite, ait entendu autoriser des demandes en fixation nouvelle, après l'expiration des délais ordinaires de la vérification et de l'affirmation; c'est-à-dire après l'expiration du délai de vingt jours augmenté, en raison des distances, pour les créanciers domiciliés en France. Je crois qu'après l'expiration de ces délais, la demande n'est plus recevable, bien que les délais de deux mois, quatre mois, six mois et un an, impartis aux créanciers domiciliés hors France, ne soient pas encore expirés. L'article 502 permet de passer outre à la formation du concordat, après l'expiration des délais déterminés à l'égard des créanciers domiciliés en France. J'ai donc peine à comprendre comment, après le concordat,

on pourrait admettre une demande en fixation nouvelle de l'époque de la cessation de payements qui aurait pour effet possible d'en changer toutes les bases. Le silence de l'article 581, sur le délai précis duquel il entend parler, n'en est pas moins fort regrettable, et est de nature à produire une fâcheuse hésitation dans la doctrine et la jurisprudence ([1]).

213. Suivant M. Renouard ([2]) le jugement qui déclare la faillite ou qui fixe l'époque de la cessation de payements, peut être en outre frappé d'appel dans les quinze jours de la signification ([3]), par les personnes qui y ont été parties. J'inclinerais à penser, au contraire, que ce jugement susceptible d'opposition, ne peut être en même temps susceptible d'appel, sauf à conserver le droit d'appel du jugement rendu sur l'opposition aux personnes qui ont été parties à ce dernier jugement ([4]).

214. On comprend l'intérêt qui s'attache à la fixation de l'époque de la cessation de payements, ou de l'ouverture de la faillite, puisque divers effets sont produits, comme nous le verrons bientôt ([5]), à partir de ces deux époques.

Cependant c'est une question fort grave que de savoir si l'état de faillite et les effets qui en sont la conséquence, peuvent exister indépendamment de tout jugement déclaratif; en d'autres termes, si l'état de faillite est de *fait* plutôt que de *droit;* c'est-à-dire si la faillite existe par le fait seul de la cessation de payements, ou si, au contraire, elle ne peut être qu'un fait judiciaire qui ne produit d'effets légaux qu'autant

---

([1]) M. Renouard, *Des faillites*, t. II, p. 378, nouv. édit.
([2]) T. II, p. 366.
([3]) C. com., 582.
([4]) V. notre *Dictionnaire du contentieux commercial*, v° *Faillite*, n. 55 et suiv.
([5]) Voy. *inf.*, sect. 2, § 1 et 2..

qu'il est intervenu un jugement qui en déclare l'existence.

Dans mon opinion, la faillite est un fait, en ce sens que le fait de la cessation de payements qui en est le caractère constitutif peut être antérieur au jugement qui la déclare, de telle sorte que certains effets de la faillite déclarée peuvent rétroagir jusqu'au jour auquel le jugement déclaratif en fait remonter le principe par la fixation légale du jour de la cessation de payement ; mais elle est de droit en ce que les effets légaux attachés à l'état de faillite, ne peuvent être produits que lorsque le fait de la cessation de payements a été judiciairement constaté par le magistrat compétent. Je sais que cette opinion rencontre des contradicteurs, et qu'il y a une tendance à voir, dans la faillite, un fait qui produit des effets légaux, indépendamment de toute constatation judiciaire ; mais elle est, chez moi, le résultat de réflexions longues et approfondies, et j'espère fermement la faire passer dans l'esprit de mes lecteurs. La question, du reste, est assez grave, soit par elle-même, soit par ses conséquences, pour qu'on s'y arrête un instant.

L'incertitude et les hésitations qui existent aujourd'hui sur ce point se retrouvent quand on remonte jusqu'aux origines du droit commercial. L'ancien droit italien, qui si souvent nous sert de guide et de point de départ, n'offre sur cette question que doutes et obscurités, qui, peut-être, s'expliquent par la diversité des statuts et des coutumes.

C'est ainsi qu'Ansaldus, après avoir décrit les caractères souvent fugitifs et variables auxquels on peut reconnaître la cessation de payements, et signalé l'incertitude qui en résulterait sur l'état du commerçant si on se bornait à consulter la notoriété, *Vanum rumorem et talem qualem deficentiam crediti..... quæ præbet tam frequentem ansam huic disputationi*, ajoute que tout le monde sait que la faillite n'existe

légalement que lorsqu'elle a été déclarée par le juge : *Cùm nemo non sciat quod eadem decoctio tanquam fondamentum exceptionis, vel per formalem cessionem bonorum,* VEL PER SENTENTIAM JUDICIS DECLARATA ET COMPROBATA DEBEAT REMANERE (1). Et Ansaldus invoque, sur ce point, l'opinion conforme d'une foule d'autorités, *quemadmodum uno ore tradiderunt.*

Tel paraissait être, d'après Straccha, l'usage de Florence : *Constitutione curiæ mercatorum Florentiæ cavetur, si debitor infra certum diem creditoribus non solverit, vel non satisfecerit,* PRONUNTIETUR *cessans* (2).

Telle était aussi la disposition de l'ancien statut de Gênes (3), sous l'empire duquel la faillite devait être déclarée par le tribunal, sur l'aveu du débiteur ou sur la demande d'un de ses créanciers produisant trois témoins attestant qu'il s'était caché ou absenté, laissant en souffrance plus de mille livres de dettes.

Cependant d'autres auteurs italiens, à la tête desquels il faut placer Casaregis et Scaccia, enseignent au contraire que la faillite existe indépendamment de toute déclaration judiciaire. *Ut aliquis pro decocto habeatur,* dit Casaregis, *non indiget judicis declaratione, sed deducitur et probatur ex quibusdam firmissimis argumentis, putà ex propriâ confessione decocti, quòd nempè satisfacere ipse non potest creditoribus; ex colicitatione, aliisque à doctoribus consideratis* (4). Et, au rapport de Scaccia, les statuts de Rome, *statuta Urbis* (5), faisaient résulter l'état de faillite de la notoriété publique, sans exiger aucune formalité judiciaire : *Ad probandum quod com-*

---

(1) *Disc.* 4, n. 6.
(2) Straccha, *De decoct.*, part. 4, n. 8.
(3) *De ruptis.* — M. E. Vincens, *Législ. comm.*, t. I, p. 386.
(4) *Disc.* 73, n. 12 et 13.
(5) *Lib.* I, cap. 114.

muniter haberetur pro decocto, mandant sufficere publicam famam et communem opinionem (1).

C'est à ce dernier système que paraît s'être arrêté notre ancien droit français.

Comme on l'a très bien fait remarquer, notre législation s'est dans l'origine beaucoup plus préoccupée des peines à prononcer contre les débiteurs de mauvaise foi, que des précautions de droit civil à prendre pour diminuer la perte des créanciers, et conserver, administrer et liquider les biens qui sont leur gage (2). Il suit de là que dans son empressement à réprimer les délits, les banqueroutes et les faillites faites en fraude, elle ne s'est nullement occupée de déterminer les caractères constitutifs et les conditions légales de la faillite considérée comme fait civil (3); et quand ensuite on pensa à régler les conséquences civiles de la faillite, on y vit, par habitude, un fait qui portait sa preuve avec lui-même (4); de telle sorte que l'ordonnance de 1673 se borna à disposer, par l'article 1er du titre des *faillites et banqueroutes*, « que la faillite ou banqueroute serait réputée ouverte du jour que le débiteur se serait retiré, ou que le scellé aurait été apposé sur ses biens »; système qui excluait la nécessité d'un jugement déclaratif, et dans lequel persévéra, en l'empirant, une déclaration du roi du 18 novembre 1702, qui fit remonter l'ouverture de la faillite au jour où elle avait été publiquement connue. Aussi, que de difficultés sous l'ancien droit pour déterminer le *fait* de l'ouverture d'une faillite,

---

(1) *De comm. et camb.*, § 2, gl. 3, n. 445.

(2) M. Renouard, *Des faillites*, t. 1, p. 59.

(3) Voy. les ordonnances des 10 octobre 1536, de 1560, de 1579; l'édit de 1609; l'ordonnance du 15 janvier 1629, art. 153.

(4) Voy. le règlement de Lyon du 2 juin 1667, homologué par arrêt du conseil du 7 juillet suivant, et l'édit de juillet 1669.

alors qu'on ne pouvait se rattacher qu'à des actes personnels au débiteur, ou à des actes extrajudiciaires incapables de déterminer par eux-mêmes l'époque certaine de la cessation de payements, ou bien encore quand on ne pouvait invoquer qu'une prétendue notoriété publique dont il était presque impossible de fixer le point de départ (1)!

Ces vices de la législation antérieure furent sentis par les rédacteurs du projet du Code de commerce de 1808, et ils cherchèrent un moyen plus sûr de faire reconnaître l'état de faillite et d'en fixer l'ouverture (2). En conséquence, après avoir imposé au commerçant qui cessait ou suspendait ses payements l'obligation d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce dans les trois jours, ils voulurent que l'ouverture de la faillite fût fixée par la date de cette déclaration, ou, à défaut de déclaration, par la date du premier protêt faute de payements, et, à défaut de protêt, par la date du premier acte qui constatait le refus de payer (3).

Mais ce moyen n'était pas heureux : c'était sortir du vague de l'ordonnance et de la déclaration de 1702, pour se renfermer dans les limites étroites de faits qui pouvaient ne pas être les indices certains de la faillite, et qui d'ailleurs n'en étaient pas les seuls indices (4); et, d'un autre côté, c'était laisser la faculté au débiteur de fixer une date mensongère pour l'ouverture de la faillite, au moyen d'une déclaration qu'il pouvait retarder de plusieurs jours.

Ces inconvénients furent signalés par les tribunaux de com-

---

(1) Voy. Nicodème, *Exercice du comm.*, p. 573.

(2) Voy. *l'Analyse raisonnée des observations des tribunaux de commerce sur le projet du code*, p. 161.

(3) Art. 433 et 553 du premier projet.

(4) « Entend-on parler, demandait le tribunal de commerce d'Autun, du premier protêt depuis lequel le failli n'a rien payé, ou du premier protêt indistinctement? » *Analyse, ibid.*

merce et les cours d'appel; et dans l'embarras où se trouvaient les rédacteurs du projet pour trouver des faits tellement caractéristiques de l'état de faillite, qu'ils fissent preuve par eux-mêmes et de la cessation de payements et de l'époque précise à laquelle elle avait eu lieu (1), ils ne trouvèrent rien de mieux à faire qu'à se rejeter dans le vague dont un sentiment vrai, mais mal défini des nécessités juridiques, les avait portés à sortir; et ils énumérèrent une suite de faits qui, réunis ou séparés, et contrôlés les uns par les autres, fixaient la date de l'ouverture de la faillite. « L'ouverture de la faillite, disaient-ils, est fixée par la déclaration du débiteur; elle est fixée par la retraite du débiteur ou la clôture de ses magasins; elle est fixée par la date du premier protêt faute de payements de billets souscrits par le débiteur, ou de lettres de change par lui acceptées, ou par la date de tous actes constatant le refus de payer, s'ils sont suivis d'une cessation absolue de payements (2).

Tout cela, comme on voit, ne remédiait à rien. Cependant il y avait un moyen bien simple de garantir tous les intérêts, ceux du débiteur comme ceux des créanciers, et de faire qu'un commerçant n'échappât jamais aux conséquences d'une cessation de payements réelle et constatée. Ce moyen avait été indiqué par deux tribunaux de commerce, ceux de Gand et de Montdidier (3); c'était de remettre aux tribunaux de commerce le soin de reconnaître et de constater la cessation de payements, et de déclarer la faillite qui en est la conséquence.

Au Conseil-d'État, on reconnut l'efficacité de ce moyen fortement soutenu par M. Jaubert (4); on comprit que l'hon-

---

(1) V. l'*Analyse*, p. 163.
(2) Art. 333 du second projet.
(3) *Observat. des trib.*, t. II, p. 387, et t. III, p. 91.
(4) M. Locré, sur l'art. 441.

neur et l'état des citoyens ne devaient dépendre que des décisions de la justice rendues après un mûr examen (¹); on invoqua l'exemple de l'Angleterre, où toute faillite doit être déclarée et reconnue par l'autorité publique représentée par les commissaires nommés par le chancelier, sur la requête des créanciers (²); et de cette discussion sortit l'article 441 du Code de commerce de 1808, aux termes duquel l'ouverture de la faillite est déclarée par le tribunal de commerce qui en fixe l'époque.

N'est-il pas évident dès-lors que, dans le texte comme dans l'esprit de la loi, on ne peut comprendre une faillite dans le sens juridique de ce mot, sans jugement déclaratif, puisqu'autrement le législateur s'en fût tenu aux signes extérieurs et à la notoriété publique dont se contentaient l'ordonnance de 1673 et la déclaration de 1702, et qu'il est manifeste qu'en substituant l'appréciation éclairée et indépendante des tribunaux à l'appréciation individuelle ou intéressée des parties, il n'a pu vouloir que l'intervention de l'autorité judiciaire fût purement facultative, et qu'on fût autorisé à voir une faillite là où cette intervention n'en avait pas régulièrement constaté l'existence ?

En est-il autrement sous la loi nouvelle du 22 mai 1838, dont les dispositions ont remplacé, changé ou modifié celles du Code de commerce de 1808. Je ne saurais le croire; car cette loi, loin d'avoir changé l'esprit du Code de 1808, en ce qui touche la déclaration de la faillite, y a au contraire persévéré en le rendant encore plus évident par l'augmentation

---

(¹) *Ibid.*

(²) Blackstone, liv. II, ch. 31; liv. IV, ch. 34; M. Renouard, *Des faillites*, t. I, p. 30. — L'ancienne législation anglaise a été modifiée dans ses détails, mais conservée, quant au fond, par deux lois des 2 mai 1825 et 12 août 1842.

de pouvoir qu'elle a donné aux tribunaux de commerce. La loi ne décrit plus aujourd'hui les symptômes de la faillite, elle se borne à en indiquer le caractère essentiel, la cessation de payements; et elle remet aux tribunaux le soin de déclarer la faillite, c'est-à-dire de constater la cessation de payements et de déterminer la date de cette cessation qui, lorsqu'elle est reportée à une époque antérieure, n'est plus, comme sous la loi ancienne, celle de l'ouverture de la faillite, laquelle n'est ouverte qu'à partir du jour du jugement déclaratif (1). Les auteurs de la loi nouvelle ont même poussé la précaution à cet égard, jusqu'à s'interdire les expressions qui auraient pu faire supposer que la faillite était susceptible d'une existence légale indépendante de celle qui lui est attribuée par le jugement. Telle est l'expression de *notoriété publique* qu'on a vainement tenté d'y introduire, et que la Chambre des députés a constamment repoussée (2).

Si l'on entre plus avant dans l'économie générale du Code de commerce, on est de plus en plus convaincu qu'il n'y a pas de faillite sans jugement déclaratif, puisque la loi prend toujours pour point de départ des effets de la faillite, non le fait abstrait et incertain de la cessation de payements, mais le jugement déclaratif ou la date du fait légal et judiciairement constaté de la cessation de payements.

Ainsi, c'est le jugement déclaratif de la faillite qui dessaisit le failli de l'administration de ses biens (3); c'est le jugement déclaratif qui rend exigibles ses dettes passives non échues (4); c'est le jugement déclaratif qui arrête le cours de toute créance

---

(1) Voy. le rapport à la Chambre des deputés, *Moniteur* du 22 mars 1838, p. 645, 3e col. *in fine*.

(2) Voy. le *Moniteur* du 28 mars 1838.

(3) C. com., 443. — V. *inf.*, sect. 2, § 1er.

(4) C. com., 444.

non garantie ou non privilégiée (1); ce sont les actes faits par le failli, à partir de l'époque fixée par le jugement déclaratif, comme étant celle de la cessation de payements, qui sont nuls ou qui peuvent être annulés comme faits en fraude de ses créanciers (2); c'est le jugement déclaratif qui suspend toutes voies d'exécution sur le mobilier servant à l'exploitation du commerce du failli (3), et qui met obstacle à l'expropriation forcée de ses immeubles (4); c'est le jugement déclaratif qui peut priver le failli de la liberté de sa personne, et ordonner l'apposition des scellés à son domicile (5); qui organise la faillite (6); en un mot, on peut parcourir tous les articles du Code relatifs aux faillites, et on n'en trouvera pas un seul dont les dispositions se réfèrent à une faillite abstraite et non régulièrement déclarée. Tous supposent qu'il y a eu déclaration de faillite, telle que le veut l'article 441, et aucun ne permet de penser que les effets attachés à la faillite déclarée, ou les règles qui lui sont propres puissent trouver leur place dans une faillite non déclarée, qui peut bien exister en germe, mais à laquelle aucun jugement déclaratif n'a donné une existence légale et une consistance judiciaire.

Néanmoins, je l'ai déjà avoué, certains auteurs se prononcent formellement en faveur de l'opinion contraire, et la jurisprudence est entrée dans la même voie. Mais parmi ces auteurs, il ne faut pas comprendre ceux qui, comme M. Pardessus, énoncent généralement que « c'est la cessation de payement qui constitue la faillite, et non la déclaration du

---

(1) C. com., 445.
(2) Code com., 446, 447, 448 et 449. Voy. *inf.*, sect. 2, § 2.
(3) C. com., 450.
(4) C. com., 571 et suiv.
(5) C. com., 455 et suiv.
(6) C. com., 451 et suiv., 462 et suiv.

tribunal [1] » ; sorte d'aphorisme qui est à la fois vrai et faux : vrai, en ce sens que le jugement déclaratif ne fait que reconnaître et constater une cessation de payements antérieure; faux, en ce sens que c'est le jugement déclaratif seul qui fait passer la cessation de payements à l'état légal et lui attribue les effets de la faillite. Il n'y faut pas comprendre non plus ceux qui, comme M. Troplong, semblent plus explicites, mais qui au fond ne sont pas plus précis sur la question à l'une des faces de laquelle ils touchent en passant sans s'arrêter à l'examiner dans son ensemble. Ainsi, M. Troplong ayant à résoudre une question de validité d'hypothèque antérieure à un jugement déclaratif de faillite, mais postérieure au jour auquel ce jugement en faisait remonter l'ouverture, émet cette opinion, trop absolue peut-être dans son expression, mais vraie au fond, que « l'ouverture de la faillite n'est autre chose que le moment où les payements s'arrêtent. La faillite, dit-il, commence; elle *s'ouvre* quand ils viennent à cesser. Peu importe qu'elle ne soit pas encore *déclarée* officiellement; elle n'en existe pas moins de fait; car, encore une fois, c'est la cessation de payements qui donne ouverture à la faillite, et non la déclaration du tribunal. — Il y a donc, ajoute-t-il encore, une grande différence entre la déclaration de l'ouverture de la faillite et l'ouverture elle-même de la faillite. Celle-ci est le fait de la perte du crédit; celle-là est la promulgation de ce fait. La faillite peut être réelle sans être déclarée. Elle peut, par conséquent, précéder de beaucoup l'annonce officielle de son existence [2]. »

Tout cela est vrai, je le répète, en ce sens que le jugement en déclarant la faillite ouverte, et en fixant l'époque de la ces-

---

(1) *Droit comm.*, n. 1108.
(2) *Des priv. et hypoth.*, t. III, n. 656.

sation de payements, a un effet rétroactif à cette époque; mais cela n'est pas vrai, en ce sens que l'ouverture de la faillite puisse avoir lieu à une époque quelconque sans jugement déclaratif. Et comme M. Troplong raisonnait sur une espèce dans laquelle il y avait eu un jugement déclaratif, on ne serait certainement pas fondé à conclure de ses paroles que dans son opinion il peut y avoir une faillite avec les effets légaux que la loi attache à cet état exceptionnel, sans déclaration judiciaire.

J'insiste sur ce point, parce que je tiens beaucoup à ce qu'on ne m'oppose pas une opinion aussi imposante en toute matière que celle de M. Troplong.

J'arrive maintenant aux autorités plus précises et plus directes.

M. Renouard, dans son remarquable Traité sur les faillites, dit qu'on peut considérer la faillite sous deux points de vue : ou comme l'état du commerçant qui a cessé ses payements, ou comme l'état du commerçant qui a été judiciairement déclaré failli; qu'entre ces deux acceptions, la coutume commerciale a longtemps avant notre Code opté pour la première; et que s'attachant au fond des choses plutôt qu'à leur forme extrinsèque, elle a fait consister la faillite dans la cessation de payements; que cette solution est conforme à l'esprit général qui domine dans notre droit français, dont la tendance à préférer une législation d'équité à une législation de formules, est un des caractères éminents et distinctifs. « La faillite, ajoute-il, est donc un fait qui existe par lui-même, un fait que le jugement déclaratif constate, mais ne crée pas. » Et il semble voir une preuve de la justesse de ces aperçus dans l'effet rétroactif du jugement déclaratif, effet rétroactif qui, selon lui, ne pourrait être produit, si le jugement était constitutif de l'état de faillite (1).

(1) T. I, p. 223 et suiv., nouv. édit.

L'auteur plus récent d'un autre Traité sur les faillites, M. Esnault, adopte la même opinion, qu'il fait reposer non-seulement sur l'esprit de la loi, mais encore sur le texte même de l'article 437 du Code de commerce, aux termes duquel « tout commerçant qui cesse ses payements est en état de faillite [1]. »

Quant à l'esprit de la législation, je crois que les détails dans lesquels je suis entré sur les phases diverses par lesquelles a passé notre législation pour arriver à ce qu'elle est aujourd'hui, établissent qu'elle a surtout pour but de ne pas laisser à l'arbitraire la fixation de l'ouverture des faillites; et c'est pour cela qu'elle a introduit la formalité toute nouvelle de la déclaration par le tribunal de commerce; formalité qui n'a rien de facultatif, mais que l'économie toute entière de la loi démontre être de rigueur.

Et si, d'un autre côté, l'on veut prendre la peine de se rappeler la distinction que j'ai faite au commencement de cette discussion, on reconnaîtra qu'il n'y a rien à conclure contre l'opinion que je défends, ni de l'effet rétroactif du jugement déclaratif, ni de l'article 437 du Code de commerce. Oui, sans doute, la faillite est un fait; oui, sans doute le caractère constitutif de ce fait est la cessation de payements. Mais ce fait peut-il produire des effets légaux; mais la cessation de payements peut-elle être considérée comme une vérité légale quand le jugement déclaratif n'en a pas constaté l'existence et fixé l'époque? Voilà la question qui n'est résolue dans le sens de la faillite de fait, ni par l'effet rétroactif du jugement déclaratif, ni par l'article 437. L'article 437 indique le caractère constitutif et essentiel de la faillite; mais l'article 440 veut, pour qu'il y ait faillite dans l'acception légale et juridique de ce mot, que la cessation de payements soit reconnue, constatée et déterminée, et en elle-même et quant à sa

---

[1] T. I, n. 80 et 90.

date, par le tribunal de commerce. C'est là ce qu'il ne faut pas perdre de vue, et c'est là ce qui résout la question dans le sens de la faillite de droit. L'effet rétroactif n'est lui-même qu'une conséquence du jugement déclaratif; et s'il prouve que les effets de la faillite peuvent être reportés à une date antérieure au jugement, il prouve encore mieux la nécessité de ce jugement, puisque, s'il n'y avait pas de jugement, on ne pourrait assigner aucune date précise à la cessation de payements, et que la faillite, n'ayant pas de point de départ, ne pourrait produire aucun des effets qui supposent la détermination antérieure de cette date. C'est d'ailleurs ce que M. Esnault n'a pu s'empêcher de reconnaître, puisque, tout en posant en principe que la faillite est toujours indépendante du jugement qui la déclare et d'une date plus ancienne que lui, il ajoute « qu'il n'est pas douteux, néanmoins, que les suites extrinsèques à y donner sont une conséquence immédiate de ce jugement, et que, sans lui, elle ne saurait fonctionner, puisque le concours des tribunaux compétents n'est pas venu lui communiquer le mouvement, la vie réelle, et lui conférer une sanction légale. » Si M. Esnault entend par suites extrinsèques de la faillite toutes celles qui se manifestent par des faits juridiques, nous sommes d'accord. Dans le cas contraire, je ne comprendrais pas la distinction qu'il établit entre les suites extrinsèques et les suites intrinsèques, ni quelles sont les suites intrinsèques qui peuvent se produire indépendamment de tout jugement déclaratif antérieur.

Ce qui prouve d'ailleurs d'une manière évidente qu'il n'y a pas de faillite sans jugement déclaratif, ce sont les discussions qui se sont élevées au Conseil-d'État lors de la discussion du Code de 1808, et dans les Chambres lors de la loi de 1838, sur le point de savoir si un commerçant peut être déclaré en état de faillite après son décès. Si la faillite est un

fait, il est bien clair qu'il ne pouvait y avoir aucun doute sur ce point, puisque le jugement déclaratif n'étant plus qu'une simple formalité, le décès d'un commerçant en état de cessation de payement ne pouvait empêcher les créanciers de faire prononcer ce jugement; et il n'était vraiment pas besoin d'une disposition pour constater ce droit. S'il y a eu discussion à cet égard, et s'il a été nécessaire de disposer en termes formels que le décès ne fait pas obstacle à la déclaration de faillite, et si, d'après l'article 437 du Code de commerce, la faillite d'un commerçant ne peut être déclarée quand la demande n'en a pas été faite dans l'année de son décès, c'est, sans doute, qu'il ne peut y avoir de faillite sans déclaration.

Les auteurs que je combats ont si bien senti la nécessité d'une constatation judiciaire, que, suivant eux, tous tribunaux, même les tribunaux civils, saisis d'une contestation dans laquelle une partie oppose à l'autre sa cessation de payements comme base d'une exception, peuvent reconnaître ce fait, le constater, et en appliquer les conséquences aux litiges dont ils se trouvent saisis.

Quoique ce moyen terme ait en sa faveur l'autorité d'un certain nombre d'arrêts, même des arrêts de la Cour de cassation, je crois fermement qu'il repose sur une fausse appréciation de la nature légale de la faillite, de ses effets et de ses nécessités. Jetons un coup-d'œil sur les arrêts dont je viens de parler.

Le premier qui se rencontre dans l'ordre des dates, est un arrêt de la Cour de Grenoble, du 7 juin 1834. Dans l'espèce de cet arrêt, un ordre était ouvert devant le tribunal civil de Vienne, sur les biens d'un sieur Ferréol, négociant. Un sieur Pourret réclamait sa collocation en vertu d'une inscription par lui prise le 12 juillet 1832; mais on lui opposait que Ferréol était en faillite depuis le 21 juin précédent, date d'un

protêt dressé contre lui, et qu'ainsi nulle hypothèque sur ses biens n'avait pu être valablement acquise. Il n'y avait pas eu de jugement déclaratif de faillite; néanmoins, le tribunal de Vienne, par jugement du 16 août 1833, annula l'hypothèque prétendue par Pourret, « attendu que le jugement qu'il a obtenu contre Ferréol, marchand, et l'inscription dont ce jugement a été suivi, sont de dates postérieures à la faillite dudit Ferréol, laquelle remonte *de plein droit* au 21 juin 1832, jour du premier protêt, à partir duquel il y a eu cessation de payements; d'où il suit qu'il n'a pu résulter de ces actes aucune hypothèque valable au profit dudit Pourret, d'après les dispositions des articles 441 et 443 du Code de commerce, et de l'article 2146 du Code civil. » — Il y eut appel de ce jugement; mais la Cour royale de Grenoble le confirma, « attendu qu'il a été reconnu, en fait, dans la cause, que Ferréol était négociant....; que, par suite, les premiers juges ont pu reconnaître, en fait, que ce négociant était en état de faillite lors de l'inscription prise par Pourret, sans empiéter pour cela sur la juridiction commerciale.... (1) »

La Cour de cassation est entrée dans la même voie. C'était encore à l'occasion d'un ordre ouvert sur les biens d'un commerçant, le sieur Tardy, dont la femme prétendait se faire colloquer en vertu de son hypothèque légale, et à laquelle les créanciers opposaient que son mari étant en état de faillite notoire, elle n'avait pas d'hypothèque, parce qu'il s'agissait de biens acquis depuis le mariage. Un arrêt de la Cour royale de Grenoble accueillit ce système; et le pourvoi auquel il donna lieu fut rejeté par la Cour de cassation, le 8 juin 1837, « attendu qu'il a été constaté, en fait, par l'arrêt attaqué, que le mari de la demanderesse était négociant; qu'il avait cessé

(1) Dev. et Car., 34, 2, 438.

ses payements; que cette cessation de payements fut reconnue par le demandeur lui-même et constatée dans l'acte d'abandon fait par lui de tous ses biens à ses créanciers; qu'en présence de ces faits l'arrêt n'a pu contrevenir aux articles invoqués en décidant que le débiteur était en état de faillite... (1). »

Le 7 mars 1836, la Cour de cassation avait rendu un arrêt semblable dans des circonstances analogues : « attendu, porte cet arrêt, que l'arrêt attaqué a constaté que Dejoux était commerçant lors de son mariage; qu'il avait acquis depuis cette époque l'immeuble dont le prix était à distribuer; qu'il a également déclaré que Dejoux avait cessé ses payements et qu'il était en état d'insolvabilité notoire, résultant tant d'un jugement de séparation de biens obtenu par sa femme, que d'un règlement d'ordre dans lequel tous ses créanciers n'avaient pu être colloqués utilement; qu'il suit nécessairement de tous ces faits qu'il était en état de faillite.... (2). »

Enfin un dernier arrêt de la cour de cassation du 13 novembre 1838, rendu dans des circonstances presque identiques, développe, en y persistant, le système indiqué par les arrêts qui précèdent. En voici le texte : « Attendu que le jugement déclaratif de la faillite, rendu en exécution de l'article 441 du code de commerce, ne crée pas l'état de faillite, mais ne fait que le proclamer comme nécessairement préexistant; que c'est le législateur lui-même qui a pris soin de déclarer ce qui constitue cet état, en statuant par l'article 437 du même code que « tout commerçant qui cesse ses « payements est en état de faillite; » que s'il est vrai que la juridiction spéciale des tribunaux de commerce soit seule

(1) Dev. et Car., 37, 1, 220.
(2) *Ibid*, p. 923.

compétente pour déclarer l'ouverture de la faillite et en fixer l'époque, il est également certain que, soit que cette formalité ait été ou non remplie, il appartient aux tribunaux civils qui sont investis de la plénitude de la juridiction, de reconnaître, en jugeant les procès qui leur sont soumis, si le fait signalé par la loi comme caractéristique de l'état de faillite du commerçant (c'est-à-dire la cessation de payements) a ou n'a pas existé, et d'en appliquer les effets légaux aux contestations qui s'agitent devant eux ; que la cessation de payements est tellement aux yeux de la loi le signe caractéristique de la faillite; que, suivant le même article 441, la retraite du débiteur, la clôture de ses magasins et même le refus d'acquitter des engagements de commerce, ne peuvent constater l'ouverture de la faillite qu'autant que ces faits concourent avec la cessation de payements, ou avec la déclaration du failli ; que cette disposition de l'article 441, et particulièrement la dernière expression suffisent, en les rapprochant de l'article 437, pour démontrer que la loi considère le commerçant comme failli, et le qualifie tel, par cela seul qu'il a cessé ses payements, et avant toute déclaration émanée, soit de lui-même, soit du tribunal de commerce (1). »

J'ai cru devoir rapporter le texte de tous ces arrêts, si contraires à ce qui me parait être le vrai, pour mettre le lecteur à portée d'apprécier à l'instant même les arguments sur lesquels ils reposent. Ces arguments sont de deux sortes : les uns se rapportent au fond même de la question; les autres se rapportent à la faculté qu'on attribue à tout tribunal devant lequel une cessation de payements est alléguée

(1) Cependant la Cour de cassation a récemment fait un pas pour s'éloigner de ce système. Elle a jugé le 6 juin 1844 (Dev. 44. 1. 483), que le commerçant qui cesse ses payements n'est dessaisi de l'administration de ses biens que lorsqu'il y a eu jugement déclaratif de la faillite.

d'en vérifier le fait, de faire une sorte de déclaration de faillite, et d'appliquer au litige qui lui est soumis les conséquences de ce fait reconnu et constaté.

Il me semble que tous les développements dans lesquels je suis entré sur le sens et l'esprit des dispositions qui régissent la constitution et la déclaration de l'état de faillite, répondent aux premiers de ces arguments; et qu'on ne peut, en aucun cas, se fonder, pour considérer la faillite comme constante en fait, bien qu'elle n'eût été reconnue par aucun jugement déclaratif, sur des circonstances particulières quelles qu'elles soient, puisque toutes les circonstances de cette nature ont été écartées principalement par la loi nouvelle, qui, en indiquant comme caractère général de la faillite, la cessation de payements, et en attribuant aux tribunaux de commerce chargés de déclarer la faillite, l'appréciation des faits constitutifs de la cessation de payements, a, par cela même, refusé de voir, dans certains faits particuliers, des caractères nécessaires de la cessation de payements ou de la faillite. Il faut dans tous les cas une décision judiciaire qui apprécie ces faits, et en fasse sortir la preuve de la cessation de payements dont ils peuvent être les symptômes.

215. Mais, et j'arrive ici à un autre ordre d'arguments, suffit-il pour cela d'une décision judiciaire rendue par un tribunal civil, incidemment à une contestation dans laquelle un créancier se prévaudrait de l'état de faillite non déclarée de son débiteur? Un tribunal peut-il ainsi faire une sorte de déclaration incidente, à l'occasion et dans l'intérêt d'une contestation particulière? C'est ce qu'il me semble impossible d'admettre.

La difficulté semble ainsi réduite à une question de compétence; mais derrière la question de compétence se cache la question fondamentale de savoir s'il peut y avoir une fail-

lite sans déclaration. C'est ce dont on va se convaincre bientôt.

Abordons d'abord la question de compétence.

En thèse générale, un tribunal civil est-il compétent pour faire une déclaration de faillite? La négative ne peut être douteuse. Les déclarations de faillite, comme la procédure qui les suit et qui a pour objet de régler l'administration de la faillite, sont dans les attributions spéciales et exclusives des tribunaux de commerce. C'est d'ailleurs ce qu'avouent les partisans de l'opinion que je combats; ils reconnaissent que la juridiction spéciale des tribunaux de commerce est seule compétente pour déclarer l'ouverture de la faillite et en fixer l'époque; mais ils prétendent que, soit que cette formalité ait ou n'ait pas été remplie, il appartient aux tribunaux civils, qui sont investis de la plénitude de juridiction, de reconnaître, en jugeant les procès qui leur sont soumis, si le fait signalé par la loi comme caractéristique de l'état de faillite, a ou n'a pas existé, et d'en appliquer les effets légaux aux contestations qui s'agitent devant eux... (1).

Mais n'y a-t-il pas une contradiction manifeste à reconnaître au tribunal de commerce seul le pouvoir de déclarer une faillite, et à attribuer ensuite au tribunal civil la faculté de considérer comme existante une faillite non déclarée par le tribunal de commerce, ou, ce qui revient au même, de faire, en suppléant au défaut de déclaration, une véritable déclaration de faillite? Qu'est-ce en effet qu'une déclaration de faillite, sinon la constatation du fait de la cessation de payements? et que fait de moins le tribunal civil quand il déclare qu'il y a cessation de payements, et qu'il applique les effets et les conséquences de la faillite au litige dont il est

(1) V. l'arrêt précité du 13 novembre 1838; M. Renouard, t. I, p. 223; M. Esnault, t. I, n. 83.

saisi? De deux choses l'une : ou il applique les règles de la faillite légale à une faillite non déclarée, et il se met en contravention directe avec la lettre et l'esprit de tous les articles du Code; ou il déclare lui-même la faillite, et alors il transgresse ouvertement les limites de sa compétence.

Les tribunaux civils ont, dit-on, la plénitude de la juridiction. Il n'y a point, il ne peut point y avoir, sous l'empire d'une organisation judiciaire, complète et régulière, de tribunaux ayant la plénitude de juridiction. Les tribunaux n'ont et ne peuvent avoir que la juridiction spéciale, déterminée et essentiellement limitée qui leur est déléguée par le pouvoir souverain. Les tribunaux civils ont une juridiction limitée aux affaires civiles, les tribunaux de commerce aux affaires commerciales, les tribunaux administratifs aux affaires administratives; ni les uns ni les autres n'ont la plénitude de juridiction, ou plutôt les uns et les autres ont la plénitude de juridiction dans les matières qui leur sont attribuées, en ce sens que ni les uns ni les autres, maîtres et souverains dans leurs limites, ne peuvent empiéter sur leurs attributions réciproques. C'est donc ne rien dire et ne rien prouver que d'argumenter de la plénitude de juridiction des tribunaux civils dans une matière spécialement et exclusivement attribuée aux juges de commerce.

Je sais bien qu'il y a une autre formule dont on abuse aussi, et qui consiste à dire que le juge de l'action est le juge de l'exception. Cela n'est vrai que dans le cas où le juge de l'action n'est pas absolument incompétent pour connaître de l'exception, et lorsque cette exception ne constitue pas une question préjudicielle spécialement attribuée a d'autres juges. Or, dans le cas actuel, la déclaration de faillite étant spécialement attribuée aux tribunaux de commerce, il n'est pas plus permis aux tribunaux civils de s'en emparer

par une voie indirecte, qu'il ne serait permis aux tribunaux de commerce de connaître incidemment d'une question spécialement réservée aux tribunaux civils, par exemple, d'une question d'État [1].

Donc, sous ce point de vue encore, rien ne peut motiver la compétence même accidentelle des tribunaux civils.

Il est vrai qu'en matière criminelle, une jurisprudence très constante, et qu'il me semble d'ailleurs facile de justifier par des considérations toutes particulières, a posé en principe que le crime de banqueroute simple ou frauduleuse peut être pousuivi sans qu'il soit nécessaire que la faillite ait été préalablement déclarée par jugement, pourvu que de fait le commerçant inculpé ait cessé ses payements [2]. En effet, sans approuver tous les motifs sur lesquels se fonde cette jurisprudence, il en est un qui à lui seul suffit pour que, dans ce cas spécial, les tribunaux de répression soient juges du fait de la cessation de payements, et pour qu'il ne soit pas nécessaire de rapporter un jugement déclaratif émané du tribunal de commerce : c'est que la banqueroute, bien qu'elle suppose la faillite, constitue un délit dont la poursuite appartient au ministère public, et que l'action de ce magistrat ne peut être soumise à aucune condition, parce qu'en cette matière comme en toute autre, il peut agir quand il reconnaît les éléments du délit ou du crime; c'est « que l'action publique est essentiellement indépendante de l'action privée, hors les cas où la loi peut avoir expressément ordonné une disposition contraire ; que la juridiction des tribunaux de commerce ne peut être saisie que par les parties privées; que

---

(1) Cass., 13 juin 1808. Dev. et Car., 2, 1, 542.

(2) Voy. cass., 11 août 1837. Dev. et Car., 37, 1, 1026 et les arrêts qui y sont indiqués. — V. aussi MM. Chauveau et Hélie, *Théorie du code pénal*, t. VII, p. 236.

si le jugement de ces tribunaux sur le fait de la faillite était un préalable nécessaire à l'exercice de l'action publique sur le fait de la banqueroute, il s'ensuivrait que l'exercice de cette action serait soumis à l'arbitraire des intérêts privés, ce qui serait directement contraire à la loi; que la banqueroute n'est pas une circonstance, une modification du fait de la faillite, qu'elle constitue un fait principal sur lequel le ministère public peut agir, quoique le tribunal de commerce, qui n'est institué que pour les intérêts privés, n'ait pas été saisi de la réclamation des créanciers sur le fait de la faillite [1] »

Mais toutes ces considérations, qui sont décisives dans le cas d'une poursuite criminelle pour fait de banqueroute, ne peuvent plus être invoquées lorsqu'il ne s'agit que d'intérêts privés qui doivent se protéger eux-mêmes, et auxquels la loi a remis tous les moyens de se défendre; ou plutôt ces considérations mêmes peuvent être rétorquées contre le système qui, en matière non criminelle, attribue aux tribunaux civils le pouvoir de reconnaître et de déclarer plus ou moins incidemment l'existence d'une faillite. Car il est bien évident que si, en matière criminelle, le ministère public peut poursuivre la répression d'une banqueroute en l'absence d'une déclaration de faillite, et que si dès-lors les tribunaux de répression peuvent reconnaître et constater la cessation de payements et la faillite, parce que le ministère public n'a aucune action pour obtenir cette déclaration des tribunaux de commerce, en matière civile, au contraire, les créanciers auxquels cette action est ouverte, et qui n'en ont pas profité, ne peuvent venir exciper devant les tribunaux civils de l'existence d'une faillite qu'ils n'ont pas fait déclarer par les tri-

---

[1] Motifs d'un arrêt du 7 novembre 1811. Dev. et Car., 3, 1, 420.

bunaux de commerce. Rien ici ne peut les excuser de n'avoir pas provoqué cette déclaration, et rien ne s'oppose à ce qu'ils la provoquent encore s'ils croient y avoir intérêt. On ne comprendrait pas comment, lorsque les plus grandes facilités sont données à cet égard aux parties intéressées, aux débiteurs et aux créanciers, qui peuvent requérir la déclaration de faillite quand le tribunal ne la déclare pas d'office; on ne comprendrait pas comment et dans quel intérêt ceux qui ne se sont pas servis de la voie naturelle et directe que leur a ouvert si largement le législateur, pourraient prendre une voie détournée et indirecte, dont il nous reste à signaler les dangers.

Ici la question s'élargit. Il ne s'agit plus d'une simple question de compétence; nous revenons à la difficulté principale, et, après avoir déjà établi qu'il faut de toute nécessité une déclaration de faillite, nous allons établir qu'il faut de toute nécessité une déclaration principale, et que jamais une déclaration incidente ne peut suffire.

La faillite est un état général, indivisible, absolu, qui affecte d'une certaine manière la personne, les droits, les biens du failli, à l'égard de tous et de chacun de ceux qui y sont intéressés. La faillite, considérée comme fait civil, place tous les créanciers sur la même ligne, et son organisation a pour but principal de garantir leurs droits et d'empêcher les uns de profiter, au préjudice des autres, de la détresse et des embarras du failli. Dans un naufrage commun, chacun est tenu de supporter sa part du sinistre. De là, toutes les précautions prises par le législateur depuis le moment où la faillite est déclarée, ou depuis la date de la cessation de payements, jusqu'au jour où elle atteint son terme, soit par le concordat passé entre le failli et ses créanciers, soit par le partage qui est fait entre les créanciers des valeurs composant l'actif de leur débiteur. Il ne peut y avoir faillite à l'égard de l'un des créan-

ciers sans qu'il y ait faillite à l'égard des autres; et les effets produits par la faillite à l'égard des uns, sont nécessairement produits à l'égard de tous. C'est par cette raison que le jugement déclaratif de la faillite est soumis à l'opposition de toutes les parties intéressées pendant un certain délai, et qu'après l'expiration de ce délai, le fait et l'époque de la cessation de payements ou de la faillite sont irrévocables à l'égard de tous les créanciers (1); c'est par cette raison que le concordat fait entre le failli et la majorité de ses créanciers est obligatoire à l'égard des autres, même à l'égard de ceux qui n'y ont pas délibéré (2).

Ces effets nécessaires sont la suite naturelle et logique de la faillite telle qu'elle est organisée par le Code de commerce. Dans ce système tout se coordonne; et la déclaration de faillite, par le tribunal de commerce, devient le point de départ d'une succession de faits juridiques qui s'enchaînent, naissent les uns des autres, et se rattachent tous à un fait dominant qui est l'autorité de la chose jugée du jugement déclaratif à l'égard de toutes les parties intéressées.

Mais lorsqu'à l'occasion d'un litige dont il est saisi, un tribunal, prenant pour constant le fait d'une faillite non déclarée, applique ce fait à la décision du procès, il en est tout autrement. Ce jugement, qui n'a l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties qui y figurent, ne fait pas qu'il y ait faillite à l'égard des autres intéressés; et il résulte de là que la faillite, qui dans le système du Code ramène tous les créanciers à une condition semblable et les fait tous passer sous le même niveau, produit ici un effet tout contraire et consacre l'inégalité la plus absolue, puisque, suivant la diversité de jugements,

(1) C. com., art. 580 et 581.
(2) C. com., art. 516.

des créanciers pourront être régis par les lois de la faillite, et d'autres par le droit commun; que le débiteur pourra jouir, à l'égard des uns, de l'intégralité de ses droits, et en être privé à l'égard des autres : résultat inévitable qui jette le désordre dans une matière où tous les efforts du législateur ont tendu à introduire l'ordre et l'égalité.

N'est-il pas évident, dès-lors, que jamais une déclaration de faillite incidente ne peut remplacer une déclaration principale; et que la loi, en déterminant les formes de cette déclaration, et le tribunal duquel elle doit émaner, a par cela même fait clairement entendre qu'une faillite n'a d'existence légale que lorsqu'elle a été régulièrement déclarée par le tribunal compétent (1)? Cette conclusion me paraît évidemment conforme au texte comme à l'esprit de la loi commerciale; cependant en présence des opinions contraires dont je ne puis méconnaître ni le poids, ni l'autorité, j'ai cru devoir m'étendre plus longuement que je n'en ai l'habitude, sur ce point capital dont les conséquences réagissent sur l'ensemble de la matière.

216. Nous avons vu plus haut que la faillite doit être déclarée par le tribunal de commerce du domicile du failli. Le domicile du failli se reconnaît d'après les règles qui ont déjà été développées sur le domicile, en général.

En cas de cessation de payements d'une société, la déclaration doit pareillement en être faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège du principal établissement de la société; et c'est aussi ce même tribunal qui est compétent pour déclarer la faillite (2).

---

(1) V. en ce sens Toulouse, 26 août 1828 (Dev. et Car. 9, 2, 145); et Douai, 15 avril 1840 (Dall., 40, 2, 195).

(2) C. Com., art. 438.

217. Si la société est en nom collectif, l'article 438 du Code de commerce veut que la déclaration contienne le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires. Mais cet article ne parlant que des sociétés en nom collectif, on peut se demander si les sociétés en commandite et les sociétés anonymes peuvent être également déclarées en faillite.

Quant aux sociétés en commandite, comme elles sont réputées en nom collectif, relativement aux associés solidaires (1), il en résulte qu'elles peuvent être déclarées en faillite aussi bien que les sociétés qui sont en nom collectif à l'égard de tous les associés. Dans ce cas, pour obéir à la disposition précitée de l'article 438, la déclaration de faillite ne doit indiquer que les noms de ceux des associés qui sont solidaires.

Mais il y a plus de difficulté relativement aux sociétés anonymes, qui constitutent des associations de capitaux plutôt que des associations de personnes. Là il n'y a pas d'associés solidaires, et conséquemment il n'y a aucun individu en qui se personnifie la société et auquel puisse s'appliquer les effets de la faillite. La faillite d'une société anonyme ne participerait donc à la nature et aux effets des faillites ordinaires que sous le rapport de la liquidation, et nullement sous le rapport personnel. Or, pour arriver à une liquidation rendue nécessaire par le dérangement des affaires de la société, par l'impossibilité où elle est de faire honneur à ses engagements et la dissolution qui en est la conséquence, est-il indispensable de recourir à une déclaration de faillite? Je ne le pense pas; et je suis porté à croire, avec M. Renouard (2), que la liquidation

---

(1) C. com., 24.

(2) *Des faillites*, t. I, p. 255 et suivantes. — *Contrà*, M. Lainné, p. 25.

devient forcée par le fait même de la dissolution de la société; que les créanciers pouvant poursuivre cette liquidation, faire rentrer l'actif, le conserver et le distribuer, sans déclaration de faillite, il n'y a pas lieu de recourir à un moyen inutile, qui constituerait une faillite sans failli, c'est à-dire une véritable anomalie dans les mots aussi bien que dans les choses (1).

218. Il suit de ce qui précède que la faillite d'une société en nom collectif ou en commandite met en état de faillite les associés solidaires qui les composent. C'est ce qui résulte d'abord de l'article 438 du Code de commerce, qui veut que la déclaration de faillite d'une société indique le nom des associés solidaires, et de l'article 531 du même Code, qui, en autorisant les créanciers à consentir des concordats distincts avec chacun des associés, suppose évidemment que la faillite de la société entraîne celle de ses membres; c'est ce qui résulte aussi de la force même des choses, car lorsque les associés sont solidaires et conséquemment indéfiniment tenus des dettes sociales, la société n'est en faillite que parce que les associés, pris en masse ou individuellement, cessent de payer les dettes. Déclarer que la société a cessé ses payements, c'est donc déclarer que les associés les cessent également, et, par suite, constituer les uns et les autres en état de faillite (2).

Sans doute la société constitue un être moral distinct de la personne des associés qui la composent; mais il ne faudrait pas conclure de là que la faillite de la société n'entraîne pas celle des associés. Lorsque la caisse sociale est vide, c'est aux associés à la remplir, et la solidarité qui les enchaîne à

---

(1) V. cependant Paris, 29 décembre 1838. Dev. et Car., 39, 2, 547, et Dall., 39, 2, 36.

(2) M. Renouard, *Des faillites*, t. II, p. 137; M. Lainné, p. 301; Douai, 9 février 1825; Dev. et Car., vol. 8, 2, 26; Dall., 25, 2, 195.

la fortune sociale confond leurs obligations avec celles de la société (1).

Il faut cependant reconnaître avec M. Troplong (2) qu'il y a des cas où la faillite de la société peut ne pas réagir contre un associé : tel est celui où la faillite de la société serait déclarée pendant l'absence d'un associé qui, à son retour, et aussitôt qu'il apprend le sinistre, paye l'intégralité des dettes sociales. Il est manifeste que cet associé, qui a toujours pu et voulu payer, ne peut être considéré comme failli; mais ce qu'il y a d'exceptionnel dans cet exemple prouve encore mieux qu'en règle générale la faillite des associés est la conséquence naturelle de la faillite de la société.

219. Nous avons vu plus haut que, dans le cas de faillite d'une société en commandite, la déclaration ne doit indiquer que les noms des associés solidaires. Quant aux associés en commandite, comme ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur mise, les dettes de la société leur sont étrangères, et la faillite de la société n'exerce dès-lors aucune influence sur leur position particulière.

Mais en est-il de même de l'associé commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion de la société, au mépris des articles 26 et 27 du Code de commerce, et que cette contravention oblige solidairement, avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et tous les engagements de la société (3)? La faillite de la société, qui n'a lieu dans ce cas que parce que le commanditaire ne paye pas les dettes sociales dont il est solidairement tenu, entraîne-t-elle celle de cet associé?

---

(1) V. cependant MM. Pardessus, n. 976, et Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés comm.*, n. 29. Paris, 20 mars 1840; Dev. et Car., 40, 2, 247.

(2) *Des sociétés*, t. I, n. 75.

(3) C. com., 28.

Je ne le pense pas. La solidarité prononcée par l'article 28 du Code de commerce contre le commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion des affaires sociales, est une peine qui doit être renfermée dans les termes de la loi, et qui ne doit pas recevoir d'aggravation arbitraire. L'associé commanditaire, bien que passible d'une action solidaire, ne devient pas pour cela associé solidaire, puisqu'il n'y a lieu de le soumettre à la solidarité que si les autres associés ne payent pas; on ne peut donc lui appliquer les règles qui régissent les associés en nom collectif, solidaires de plein droit, et dont le sort est nécessairement lié à celui de la société : c'est un débiteur ordinaire contre lequel les coassociés et les créanciers de la société ont une action indéfinie, au lieu de l'action limitée à laquelle ils eussent dû se restreindre, si le commanditaire ne se fût pas immiscé dans la gestion des affaires sociales. Mais cette action, dans le cas où le commanditaire ne paye pas, doit suivre les voies du droit commun, et ne peut conduire à une déclaration de faillite qu'autant que le débiteur serait dans une position personnelle qui permettrait de la prononcer, c'est-à-dire s'il était commerçant. Cette qualité de commerçant peut sans doute résulter des actes de gestion faits par le commanditaire, suivant leur nombre et l'habitude qu'il en aurait contractée; mais elle n'en résulte pas nécessairement, puisqu'un seul acte ou quelques actes isolés, qui suffisent pour que la responsabilité soit encourue, ne suffisent pas pour rendre commerçant celui qui les a faits (1).

220. Quant à la faillite d'un associé, elle n'entraîne jamais de plein droit la faillite de la société, d'abord, parce que

(1) M. Troplong, *Des sociétés*, t. I, n. 74; M. Pardessus, n. 1057; M. E. Persil, sur l'art. 28 code com., n. 3; Colmar, 2 août 1828 (Dev. et Car. 9, 2, 133; Dall., 29, 2, 284). — *Contrà*, M. Delangle, *Des sociétés*, t. I, n. 404 et suiv.

les associés du failli peuvent être en état de satisfaire seuls aux engagements sociaux; et ensuite parce que la part du failli dans l'actif social appartient aux créanciers sociaux de préférence aux créanciers personnels de l'associé (1).

221. Par la même raison, lorsqu'un individu est membre de deux sociétés différentes, la faillite de l'une des sociétés n'entraîne pas nécessairement la faillite de l'autre. Ansaldus se demande : *Socii si duas habeant societates in diversis locis, an decoctâ unâ societate, dicatur etiam altera decocta?* Et il répond négativement..... *Figurando casum de Titio et Mœvio qui societatem iniverint in civitate Florentiæ, Mœvius verò absque Titio societatem in proprio, vel cum Sempronio iniverit Anconæ; quòd si Mœvius in negotio Anconæ decoxerit, societas et ratio existens in civitate Florentiæ in nihilo teneatur pro decoctione ac debitis contractis per Mœvium in negotio Anconæ* (2).

222. Le nouvel article 437 du Code de commerce résout dans sa disposition finale une question qui jusque-là avait été fort controversée, à savoir si un commerçant peut être déclaré en état de faillite après sa mort. Cet article veut que la faillite d'un commerçant puisse être déclarée après son décès, lorsqu'il est mort en état de cessation de payements. Dans ce cas, la déclaration de faillite ne peut être, soit prononcée d'office, soit demandée par les créanciers, que dans l'année qui suivra le décès. Il ne suffirait pas qu'avant l'expiration de l'année il y eût preuve certaine de la cessation

---

(1) *Creditores societatum mercatorum in rebus et bonis societatum præferuntur quibuscumque aliis creditoribus sociorum singulorum*, disait le statut de Gênes, liv. IV, ch. 12, n. 4.

(2) *Disc.* 4, n. 11; Straccha, *De decoct.*, part. 5, n. 15; Roccus, *De decoct. mercat. notab.*, 59, n. 178.

de payements, si la faillite n'avait été ni prononcée par le juge, ni demandée par les créanciers [1].

Maintenant que nous avons vu ce qui constitue l'état de faillite, nous allons nous occuper de ses effets.

SECTION II. — EFFETS DE LA FAILLITE.

SOMMAIRE. — 223. Différentes manières d'envisager les effets de la faillite. — 224. — Nature de l'incapacité du failli. — 225. Division de la section 2.

223. Les effets de la faillite, en ce qui touche la capacité du failli, seul point de vue dont nous ayons à nous occuper ici, peuvent être envisagés sous le double aspect de sa personne et de ses droits, de ses biens et de ses actes.

Avant d'entrer dans le détail des questions qui se rapportent à ces différentes divisions de la matière, il ne sera pas inutile de donner quelques explications sur la nature de l'incapacité dont le failli est atteint.

224. La faillite est un accident qui constitue une des chances nécessaires de tout établissement industriel et commercial. Nul, en mettant le pied dans le champ des affaires, ne sait par quelle porte il en sortira. La probité, l'ordre, la prudence ne sont pas toujours des garanties suffisantes contre le malheur; et celui dont la position commerciale paraît la plus brillante, dont le crédit paraît le plus assuré, est souvent précipité dans l'abyme ouvert sous ses pas, par une succession de circonstances qu'il n'a pu ni empêcher ni prévoir. L'inconduite et la fraude sont sans doute quelquefois les causes déterminantes des faillites; mais l'expérience prouve que les faillites frauduleuses ou coupables à des degrés divers, sont en minorité; et que la grande majorité des fail-

---

[1] Douai, 15 avril 1840; Dall. 40, 2, 193.

lites est le produit forcé des évènements commerciaux au milieu desquels le négociant passe sa vie (1).

Ces idées n'ont pas toujours été admises : pendant longtemps la fraude et la faillite ont été considérées comme sœurs. *Decoctor ergo fraudator* disait Balde (2), en invectivant les faillis : *falliti sunt infames et infamissimi et more antiquissimæ legis deberent tradi creditoribus laniandi. Adeò quod propter dolum suum non videntur beneficium cessionis habere, quod est subsidium miserorum sed non præsidium dolosorum ; faciles que sunt ad mentiendum et colludendum, et à communiter accidentibus falliti sunt deceptores et fraudatores ; præsumiturque omnibus inesse, quod omnibus est commune ; nec excusantur ob adversam fortunam ; est decoctor, ergo fraudator : sic lex vocat eos.* Il est probable qu'au temps où écrivait Balde, dans le 15e siècle, ces reproches étaient mérités. Néanmoins on les adressait encore aux faillis près d'un siècle plus tard, sans doute par habitude, car les progrès de la civilisation avaient dû corriger bien des choses : Casaregis (3), Straccha (4), la rote de Gênes (5) sont encore l'écho de Balde dont ils ne parlent jamais sans commencer par en faire l'éloge (6).

Aujourd'hui ces maximes seraient des préjugés. Elles ont sans doute été entretenues par des créanciers de mauvaise humeur; mais elles ont cessé d'avoir cours depuis que, plus dociles à la voix de leur intérêt bien entendu, les créanciers d'un

---

(1) V. le Rapport de M. Renouard, dans son *Traité des faillites*, t. I, p. 403.

(2) Cons. 400, n. 1, lib. 5.

(3) *Disc.*, 209, n. 47.

(4) *De decoct.*, part. 3, n. 22.

(5) Décis., 2, n. 34, et décis. 17, n. 14.

(6) *Baldus noster*, dit Straccha, *qui de jure nostro propter ingenii acumen et frequenter disceptationes forenses, primum locum obtinet.*

failli se sont proposés pour but, moins de punir leur débiteur d'une faute qui, le plus souvent, n'est qu'un malheur, que d'assurer leurs droits et de sauver du naufrage les débris des biens qui sont devenus le seul gage de leurs créances.

Tant qu'un failli n'est que malheureux et qu'il n'est pas coupable, l'incapacité qui l'atteint dans sa personne, dans ses droits ou dans ses biens, ne doit donc être que le résultat de la nécessité dans laquelle la faillite place les créanciers de veiller eux-mêmes à leurs intérêts que leur débiteur n'a pas su ou n'a pas pu défendre. L'intérêt des créanciers doit être la mesure de l'incapacité du failli et de la privation de l'exercice de ses droits, qui en est la conséquence; et tout ce qui dépasse cette mesure devient une peine dont on ne peut, sans injustice, frapper le malheureux en l'assimilant au coupable. Dans le malheur commun qui frappe le débiteur et les créanciers, les créanciers sont, sans contredit, les plus à plaindre; ce sont eux qui méritent plus particulièrement la sollicitude de la loi. Mais cette sollicitude a ses bornes, et lorsqu'elle a pris toutes les précautions pour empêcher le failli d'aggraver, par sa conduite ou par une mauvaise administration, le préjudice qu'il cause à ses créanciers, elle ne peut aller au-delà sans courir le risque de ressembler à une vengeance inutile ou à une punition imméritée. L'incapacité qui résulte de la faillite n'est donc pas absolue, mais seulement relative.

225. Bien que l'incapacité du failli puisse être envisagée, ainsi que je l'ai dit en commençant, sous le rapport de sa personne et de ses droits, de ses biens et de ses actes, néanmoins comme la solution des questions que présentent ces divers cas se rattache à des principes communs ou à des dispositions complexes, il n'est pas possible de suivre cette division dans l'examen que nous allons en faire. Nous verrons donc d'abord tout ce qui concerne la personne, les

biens et les droits généraux du failli, et nous nous occuperons ensuite spécialement des questions relatives à la validité des actes antérieurs à la faillite.

—

§ I. — *Des effets de la faillite relativement à la personne, aux biens et aux droits généraux du failli.*

SOMMAIRE. — 226. Texte de l'article 443 du code de commerce. Dessaisissement du failli. — 227. Le dessaisissement résulte de plein droit du jugement déclaratif, sans qu'il soit besoin d'une disposition expresse. — 228. Le tribunal en déclarant la faillite ne pourrait dispenser le failli du dessaisissement. — 229. Le failli est dessaisi, mais non pas exproprié de ses biens. — 230. Les droits civils et politiques qui tiennent à la propriété des biens, ne cessent pas de reposer sur la tête du failli, bien qu'il puisse être privé de leur exercice. — 231. A quels biens s'applique le dessaisissement. — 232. *Quid*? des biens déclarés insaisissables par la loi ou par une convention. — 233. Il s'applique aux biens présents et aux biens à venir. — 234. Le failli peut-il répudier une succession ou un legs? — 235. Le dessaisissement ne s'applique qu'aux biens personnels du failli, et non à ceux dont il n'a que l'administration et la jouissance. — 236. Il n'a pas d'effet rétroactif. — 237. Le dessaisissement n'est pas l'interdiction. Le failli n'est donc pas incapable de contracter sur toute autre chose que sur ses biens. — 238. Les créanciers seuls peuvent se prévaloir de son incapacité. — 239. Les actes faits par le failli sont nuls, même à l'égard des tiers de bonne foi. Exemples tirés de la vente, du compte-courant. — 240. Effets de la nullité relativement aux créanciers qui en ont profité. — 241. De la nullité des actes faits par le mandataire du failli. — 242. La faillite met fin au mandat, activement et passivement. — 243. Le failli peut se livrer à une industrie et faire le commerce. — 244. Droits des créanciers du failli sur les biens qu'il a acquis dans son commerce et dans son industrie depuis la faillite. — 245. Le failli est privé de ses actions actives et passives. — 246. Mais non des actions qui ont pour objets des droits attachés à sa personne. — 247. Le failli conserve le droit d'intervention. — 248. Il peut faire des actes conservatoires. — 249. Autres conséquences du dessaisissement. Apposition des scellés. — 250. Incarcération ou dépôt de la personne du failli. — 251. Saufs-conduits. Droits particuliers des créanciers sur la personne du débiteur qui a obtenu un sauf-conduit. — 252. Quand cesse l'incarcération lorsqu'il n'y a pas eu de sauf-conduit? — 253. Effets de la faillite sur la capacité du failli, indépendants du dessaisissement. — 254. Privation de l'exercice des droits politiques. — 255. *Quid*? de l'exercice des droits civils. — 256. Les mêmes incapacités frappent l'héritier immédiat du failli ou le détenteur à titre gratuit de tout ou partie de sa succession. — 257. Incapacité d'ouvrir un théâtre; d'être admis à l'escompte de la Banque de France. Interdiction de l'entrée de la Bourse; inadmissibilité à certaines fonctions publiques. — 258. Cessation du dessaisissement; administration de la faillite : Renvoi.

226. Aux termes de l'article 443 du Code de commerce,

« le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. — A partir de ce jugement, toute action mobilière ou immobilière ne pourra être poursuivie ou intentée que contre les syndics.— Il en sera de même de toute voie d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles.— Le tribunal, lorsqu'il le jugera convenable, pourra recevoir le failli partie intervenante. »

Cet article est le siège principal de la matière. En dessaisissant le failli de l'administration de ses biens, il le rend incapable de faire tous actes d'administration, et, à plus forte raison, tous actes d'aliénation; en disposant que toute action mobilière ou immobilière intéressant le failli doit être suivie par les syndics ou intentée contre eux, il le rend en quelque sorte incapable d'ester en jugement.

Incapacité de contracter, incapacité d'ester en jugement, tels sont les effets directs du jugement déclaratif de la faillite, qui des biens et des droits du failli réagissent sur sa personne. Nous allons voir comment a lieu le dessaissement qui produit cette sorte d'incapacité, son étendue et ses effets.

227. Comme nous l'avons vu tout à l'heure, le dessaisissement a lieu de plein droit par l'effet du jugement déclaratif de la faillite, sans qu'il soit nécessaire d'une disposition spéciale (1). Cette règle nouvelle, dans notre droit français, est empruntée à l'ancien droit italien, qui assimilait le dessaisissement dont est frappé le failli à une cession de biens opérée par la seule force de la loi. *Decocti actiones et jura, ipso jure, transeunt in creditores, in vim cessionis legalis*,

(1) C. com., 445. M. Pardessus, n. 1116; M. Locré sur l'ancien art. 442.

disait Casaregis (1). Elle est d'ailleurs rationnelle : soit que la déclaration de faillite intervienne après que le failli a lui-même reconnu, en déclarant la cessation de ses payements, qu'il est hors d'état de gérer ses affaires de manière à faire honneur à ses engagements; soit qu'elle intervienne d'office ou sur la demande des créanciers, elle n'en constate pas moins le fait important que les créanciers n'ont plus rien à attendre du failli; que leurs droits se concentrent sur les biens qui sont le gage de leurs créances, gage dont il ne s'agit plus pour eux que de poursuivre la réalisation; ce qui opère une sorte d'abandon volontaire ou forcé de ces biens, dont le résultat naturel et nécessaire est de les soustraire à l'action du débiteur. *Inhibitio expressè à judice facienda debitori decocto ut non alienet neque administret non est necessaria; nam dùm ex ipsius decoctione et concursu formato voluntariè decoctus sua bona ponit in manibus curiæ, et permittit sua bona per alium administrari, censetur à se abdicasse administrationem; vel ratione sequestri quod in bonis personæ decoctæ fit à curiâ, interdicta ei dicitur administratio* (2).

228. Il suit de là que le tribunal ne pourrait, par une disposition particulière du jugement déclaratif de la faillite, affranchir le débiteur du dessaissement dont la loi a fait une des conséquences nécessaires de la déclaration de faillite.

229. Il faut d'ailleurs avoir bien soin de le remarquer : la loi ne prononce contre le failli que le dessaisissement et non l'expropriation. Le failli cesse d'avoir l'administration de ses biens; mais jusqu'à ce qu'ils aient été vendus par ses créanciers ou leurs représentants, il ne cesse pas d'en être propriétaire. La question fut vivement agitée lors de la discussion du

---

(1) *Disc.*. 33, n. 13; et *Disc.*, 36, n. 47.
(2) Roccus, *De decoctione*, note 43, n. 136.

Code de commerce, en 1807, de savoir si le failli devait être exproprié, ou s'il suffisait de lui enlever l'administration de ses biens. Les législateurs de cette époque auxquels l'ancien droit français ne pouvait servir de guide, puisqu'il ne renfermait aucune disposition à cet égard, et que le failli y conservait la possession de ses biens, dont l'administration ne lui était retirée qu'en vertu de conventions variables et arbitraires (1), inclinaient pour l'expropriation; et la rédaction primitive pouvait même être interprétée en ce sens. Mais on fit remarquer avec raison que l'intérêt des créanciers devait être la mesure du dessaisissement qu'il s'agissait de prononcer contre le failli; que leur intérêt consistait à empêcher le failli de disposer à leur préjudice des biens qui étaient leur gage; et qu'il suffisait dès-lors de lui en retirer l'administration, sans qu'il fût nécessaire de le dépouiller de la propriété pour la transporter aux créanciers qui trouvaient bien dans leurs titres et dans les principes généraux du droit la faculté de faire vendre les biens de leur débiteur pour se payer sur le prix (2), mais qui n'y trouvaient pas celle de s'attribuer à eux-mêmes la propriété de ces biens (3). C'était encore là la règle suivie dans l'ancien droit italien. *Possessio et proprietas bonorum decocti*, dit Roccus (4), *non tollitur à personâ decocti propter sequestrum à judice factum, neque proprietas et possessio bonorum sequestratorum transit ad deputatos, seu in administratores, sed solum custodia et administratio, cùm lis non vertatur super possessionem aut proprietatem bonorum sed solum ut his venditis satisfiant creditores.*

(1) M. Renouard, t. I, p. 279.
(2) C. civ., 2092 et 2093.
(3) M. Locré sur l'anc. art. 442, c. com.
(4) *De decoctione*, note 52, n. 155

230. De ce que le failli ne perd que l'administration de ses biens, et de ce qu'il en conserve la propriété, il faut conclure que tous les droits politiques ou civils qui tiennent à cette propriété ne cessent pas de résider sur sa tête; et que s'il peut être privé de l'exercice de ces droits, comme nous le verrons bientôt (1), et notamment de l'exercice des droits électoraux, c'est par l'effet d'une sorte d'indignité résultant du fait de la faillite, et non par l'effet d'une incapacité radicale résultant d'un défaut des conditions voulues, qui ne laisserait aucune place à la question d'indignité. Aussi Roccus décide-t-il, sans hésiter, que le failli, privé de l'administration de ses biens, conservait l'exercice de tous les droits honorifiques ou féodaux qui y étaient attachés, parce que ces droits étaient un appendice de la propriété qui ne cessait pas de reposer sur sa tête (2).

231. Le dessaisissement s'applique à tous les biens du failli, meubles et immeubles, et à ses marchandises. Il ne peut y avoir aucun doute à cet égard. Il s'applique même aux biens meubles que le Code de procédure civile déclare insaisissables, tels que les vêtements, hardes, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille. C'est ce qui résulte de l'article 469 du Code de commerce qui, en permettant au juge commissaire d'autoriser les syndics à remettre ces effets au

---

(1) V. *inf.*, n. 234.

(2) *Infertur ex hoc quod cum decoctus retineat possessionem bonorum contra ipsum sequestratorem, nec illa transeat ad administratorem, posse decoctus jurisdictionem exercere et judices nominare, ac etiam præsentare ad beneficia vacantia juris patronatus annexi feudis et castris contrâ ipsum sequestratis; nec spectant prædicta ad creditores, neque ad administratores qui non possunt prædicta exercere, sed horum jus honorificum, dominium, possessio et exercitium remanet integrè penes ipsos dominos debitores decoctos.* — (*De decoctione*, note 43, n. 138, 139.)

failli, fait suffisamment comprendre que si le juge commissaire ne donne pas cette autorisation, le failli est dessaisi de ces objets comme des autres ([1]).

232. Mais le dessaisissement ne s'applique pas à la portion des traitements et pensions dus par l'État, déclarés insaisissables par les lois, règlements ou ordonnances. L'insaisissabilité, qui est la condition de la concession du traitement ou de la pension, s'oppose à un dessaisissement qui produirait les mêmes effets qu'une saisie ([2]).

Une question plus grave est celle de savoir si le dessaisissement peut s'appliquer aux sommes et objets disponibles, déclarés insaisissables par le donateur ou le testateur, et qui, aux termes de l'article 581 du Code de procédure, ne peuvent être saisis.

Il faut d'abord remarquer que la question ne peut naître qu'à l'occasion de donations ou de legs qui portent sur des sommes ou objets *disponibles;* c'est-à-dire que l'insaisissabilité autorisée par l'article 581 du Code de procédure, ne peut jamais profiter à la réserve légale déterminée par l'article 913 du Code civil. Il n'y a d'insaisissable que la portion disponible. Quant à la portion réservée par la loi, si elle est comprise dans la donation ou dans le legs, les créanciers du donataire ou du légataire peuvent la saisir, nonobstant toute condition contraire, parce que ne lui venant pas de la disposition de l'homme, mais de celle de la loi, elle tombe évidemment dans le dessaisissement produit par la faillite.

Mais que doit-on décider relativement aux choses disponibles données ou léguées sous la condition d'insaisissabilité?

([1]) M. Renouard, t. I, p. 292.
([2]) M. Renouard, *ib.*, p. 298.

La question a été examinée et traitée à fond par M. Renouard dans son *Traité des faillites* (1). Cet auteur distingue entre le cas où la libéralité est antérieure à la faillite et celui où elle est postérieure. Dans le premier cas, il décide que les objets stipulés insaisissables sont compris dans le dessaisissement, soit par application de l'article 582 du Code de procédure qui les déclare saisissables par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs; soit en vertu du principe général de l'article 443 du Code de Commerce qui, en créant au profit des créanciers un droit nouveau sur les biens de leurs débiteurs, ne tient pas compte des règles ordinaires de l'insaisissabilité.

Dans le second cas, il décide au contraire que le dessaisissement n'a pas lieu à l'égard des biens donnés ou légués depuis la faillite sous la condition d'insaisissabilité, en se fondant sur ce que cette condition, sans laquelle ni le legs, ni la donation n'auraient été faits, devient la loi des créanciers auxquels elle ne porte dès-lors aucun préjudice.

J'adopte l'une et l'autre opinion, et je me réfère, pour leurs développements, à ceux qu'a donnés M. Renouard lui-même, auxquels il n'y a rien à ajouter.

Il est cependant un point sur lequel je diffère de sentiment avec lui. Suivant M. Renouard (2) le principe fondamental qui exige l'annulation de tous les actes faits en fraude des créanciers pourra, suivant la circonstance, autoriser l'anéantissement de la condition, s'il est démontré qu'elle n'a été introduite que pour nuire aux créanciers et pour procurer au débiteur des biens évidemment supérieurs à ces besoins. Cette exception ne me paraît pas admissible. Les actes faits en fraude

(1) t. I, p. 294 et suiv.
(2) P. 298.

des créanciers qui peuvent être annulés pour cette cause, sont les contrats auxquels le débiteur a été partie : c'est ce qui résulte de l'article 1167 du Code civil, dont la disposition fait le droit commun de la matière, et de l'article 447 du Code de commerce spécial au cas de faillite, qui, l'un et l'autre, ne s'appliquent qu'aux actes faits par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers, et qui n'ont dès-lors aucun rapport possible avec les legs ou les donations dont un tiers gratifierait le débiteur sous condition d'insaisissabilité. Qui ne voit d'ailleurs qu'une telle condition, dont le but évident est de soustraire les choses données à l'action des créanciers, est toujours sous ce rapport introduite en fraude de leurs droits; et que si la donation ou le legs pouvaient être annulés par ce motif, dans un cas, il n'y aurait pas de raison pour ne pas les annuler dans tous ?

233. Au surplus, sauf l'exception qui précède, le dessaisissement s'applique non-seulement aux biens que possède le failli au moment du jugement déclaratif, mais encore à ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. Telle est la disposition expresse de l'article 443 du Code de commerce qui lève les doutes que pouvait faire naître le silence de l'ancien article 442 du Code de commerce de 1808, et qui est d'ailleurs conforme au principe général du droit suivant lequel « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, *présents et avenir* (1). » Mais ce dessaisissement ne soumet à l'action des créanciers les biens qui adviennent au failli, que sous la déduction de leurs charges particulières. Ainsi, dit avec raison M. Pardessus (2), les créanciers d'une succession pourront demander et obtenir la

(1) C. civ., 2092.
(2) T. IV, n. 1117; M. Renouard, t. I, p. 293.

séparation des patrimoines, de manière que les créanciers du failli ne concourent point avec eux sur les biens qui lui arrivent de cette manière; ainsi les charges imposées à une donation seront acquittées, avant les dettes de la faillite, sur les biens donnés.

234. Le failli qui reçoit une succession ne pourrait la répudier au préjudice de ses créanciers, en ce sens que ceux-ci auraient le droit de se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place. Mais dans ce cas la renonciation ne serait annulée qu'en faveur des créanciers et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances, sans que l'héritier failli, qui a renoncé, pût jamais se prévaloir de cette annulation [1]; de telle sorte que, les créanciers payés, le surplus de la succession serait dévolu aux héritiers les plus proches appelés à profiter de la renonciation. Il en serait de même s'il s'agissait d'un legs.

235. Remarquons que le dessaisissement ne peut naturellement s'appliquer qu'aux biens personnels du failli et non à ceux dont il n'a que l'administration et la jouissance. Il suit de là que malgré le dessaisissement qui frappe ses biens personnels, il n'en conserve pas moins l'administration des biens de ses enfants, tant que la tutelle ne lui a pas été retirée, ou des biens de sa femme, tant qu'une séparation de corps ou de biens n'a pas été prononcée. Mais comme les revenus de ces biens dont il a la jouissance, entrent dans son actif à mesure qu'ils sont produits, et que ces revenus font partie de ses biens, ils tombent dans le dessaisissement, c'est-à-dire qu'ils peuvent être perçus par les créanciers, sous la condition toutefois de supporter les charges auxquelles ces revenus sont affectés [2].

---

(1) C. civ., 788. Casaregis, *Disc.* 209.
(2) M. Pardessus, n. 1117.

236. Si le jugement déclaratif de faillite emporte, aux termes de l'article 443, de plein droit, et à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de ses biens, non-seulement de ceux qu'il possède au moment du jugement déclaratif, mais encore de ceux qui peuvent lui échoir depuis et tant qu'il est en état de faillite, il résulte, des termes mêmes de cet article 443, que ce dessaisissement n'a pas d'effet rétroactif. Une sorte d'incapacité peut sans doute frapper le failli dans le passé comme nous le verrons bientôt [1]; mais les effets de cette incapacité, quant aux actes faits par le failli à partir de l'époque à laquelle le jugement déclaratif a reporté l'ouverture de la faillite, sont beaucoup moins étendus que relativement aux actes postérieurs : ces actes sont tous nuls quand ils ont pour objet la disposition des biens dont le failli est dessaisi, tandis que les actes antérieurs au jugement déclaratif ne sont nuls que dans certains cas et suivant certaines distinctions dont le système fera l'objet du § suivant.

Ici nous continuons d'examiner les effets du dessaisissement à partir du jugement déclaratif de la faillite.

237. Un point fort essentiel à remarquer, c'est que le dessaisissement n'entraîne pas l'interdiction. Les biens, et non pas la personne du failli, sont placés sous la garde des créanciers qui deviennent les administrateurs des biens et non pas les tuteurs de la personne. De ce que le failli est dessaisi de l'administration de ses biens, il en résulte sans doute qu'il ne peut contracter sur des biens dont il ne dispose plus, mais non pas qu'il perde en général le droit de contracter. Nous ne sommes plus sous l'empire des principes du droit romain, d'après lesquels l'insolvabilité opérait une sorte de changement d'état par suite duquel le débiteur de-

---

[1] V. le § suivant.

venait *capite minutus*, et était assimilé à un esclave; nous ne sommes même pas sous l'empire des idées qui prévalaient chez les anciens jurisconsultes italiens, dont la rigueur assimilait le failli au mort civil et à l'interdit (1); la législation actuelle, plus logique et plus douce, n'a pas exagéré les conséquences du dessaisissement au-delà de son but naturel, qui est de mettre le failli dans l'impossibilité de nuire à ses créanciers, et non de lui enlever sa capacité dans tous les cas où ses actes ne peuvent leur causer aucun préjudice et ne sont que l'exercice de ses facultés naturelles.

238. Il y a plus; l'incapacité dont le failli est frappé, quant à ses biens, n'opère qu'une incapacité relative dont les créanciers seuls, au profit desquels elle est établie, peuvent se prévaloir. Ni le failli, ni les tiers, avec lesquels il a contracté, ne seraient recevables à argumenter du dessaisissement pour demander la nullité des actes dont les créanciers ne se plaignent pas (2). Cette règle ne souffre d'exception que lorsqu'il s'agit d'actes passés entre le failli et un de ses créanciers en fraude des autres créanciers. Dans ce cas, l'acte est nul à l'égard du failli lui-même qui est dès-lors recevable à en demander la nullité (3).

239. Du reste les tiers, créanciers ou autres qui, depuis la déclaration de faillite ont contracté avec le failli, sur des

---

(1) *Decoctio æquiparatur morti civili, adeo ut qui sub eadem decoctionis tabe opprimuntùr, non habeant neque velle, neque nolle* (Ansaldus, *Disc.* 58, n. 31 et 32; le cardinal de Luca, *De cambiis, Disc.* 32, n. 15). — *Decoctus perdit administrationem suorum bonorum et nullum contractum circà ea gerere potest quia jam non habet neque velle neque nolle, et pro mortuo ad his habetur* (Roccus, *De decoctione*, note 44, n. 132). V. encore Straccha, *De decoctoribus*, part. 3, n. 28, et Scaccia, *De cambio*, § 2, Gloss. 5, n. 329 et 445.

(2) Lyon, 25 août 1828 (Dev. et Car., 9, 2, 144; Dall., 28, 2, 207), et Angers, 4 juin 1829 (Dev. et Car., 9, 2, 280; Dall., 30, 2, 127).

(3) C. com., art. 598.

objets excédant sa capacité, ne peuvent être protégés ni par leur bonne foi, ni par l'ignorance de l'état de faillite. Ce n'est pas là une question de bonne foi; c'est une question de capacité. J'ai donc peine à comprendre comment Casaregis, qui a si nettement d'ailleurs déterminé les effets de la faillite, et qui, quelquefois même les a exagérés, a pu décider qu'en matière de contrats à titre onéreux, par exemple en matière de vente, l'acquéreur, dont le contrat est postérieur à la faillite et qui a payé son prix d'acquisition au failli, ne saurait être inquiété par les créanciers auxquels le contrat porte préjudice. « *La compra fatta da uno veramente decotto non può revocarsi ad istanza de' creditori, se il compratore non era conscio delld decozione, e sborso con realtà e buona fede il prezzo tutto, che da questo, o simili contratto li detti creditori patiscano frode e pregiudizio* (¹). » Une pareille opinion serait contraire au texte comme à l'esprit de la loi sur les faillites qui, en retirant au débiteur l'administration de ses biens à partir de la déclaration de faillite, n'a pu vouloir que les actes par lui faits depuis son dessaisissement puissent avoir un effet quelconque vis-à-vis de ses créanciers (²).

Aussi a-t-il été jugé avec beaucoup de raison par la Cour de cassation, le 13 mai 1835 (³), que le dessaisissement qui s'opère par la déclaration de faillite étend ses effets même aux actes faits à une grande distance du lieu où a été rendu le jugement déclaratif de la faillite, et à une époque où il était impossible que les tiers eussent connaissance de ce jugement; et, par suite, qu'un compte courant avec le failli s'arrête au jour même de la faillite, quelque soit la distance qui sépare

---

(¹) *Disc.* 216, n. 26.

(²) M. Renouard, p. 291. Cass. 8 octobre 1806 (Dev. et Car., 2, 1, 295; Dall., 8, 69).

(³) Dev. et Car., 35, 1, 707.

le failli et celui avec lequel il est en compte courant : le solde du compte courant est fixé au jour de l'ouverture de la faillite.

240. Il faut avoir soin de remarquer, quant à la nullité des actes faits par le failli, qu'il est personnellement obligé par ces actes, bien qu'ils soient annulés à l'égard de la masse des créanciers ; et, d'un autre côté, que les suites de ces actes ne peuvent jamais réagir sur les créanciers, à moins qu'il n'en aient profité.

Si donc, en cas de vente faite par le failli et annulée sur la demande des créanciers, l'acquéreur a payé le prix, il n'en est pas moins dépouillé de la chose vendue, sauf son recours contre le failli personnellement, ou contre la masse pour se faire restituer le prix, mais dans le cas seulement où la masse en a profité.

De même, dans le cas de compte courant, les remises faites par le failli depuis la faillite doivent être restituées ; quant aux remises faites au failli, la masse ne doit en tenir compte qu'autant qu'elle les a acceptées pour elle-même, et qu'elle ne les a pas laissées à la charge du failli.

Il en est de même dans tous les cas où les créanciers, en approuvant d'avance ou en ratifiant les actes du failli, se les sont rendus propres. Ainsi, il arrive souvent que la faillite n'interrompt pas le commerce du failli qui, avec le consentement de ses créanciers, reste dans son magasin, où il continue à débiter ses marchandises, et à faire les achats et les ventes nécessaires à l'entretien du fonds. Dans ce cas, le failli agit au nom et dans l'intérêt de ses créanciers ; et ceux-ci, qui l'ont laissé de fait à la tête de ses affaires, ne peuvent critiquer les actes qu'il a faits dans une juste mesure, et sans excéder les bornes d'une simple administration (1).

241. Du reste, il faut distinguer, quant à la nullité des

(1) M. Pardessus, n. 1122.

actes, ceux qui sont faits par le failli lui-même, et ceux qui sont faits par un mandataire du failli, dont les pouvoirs sont antérieurs à la faillite. Il est de principe que le mandat donné par le failli est révoqué pas la survenance de la faillite (1). *Mandatum datum à scribente cessat et intelligitur revocatum, si sequatur scribentis decoctio*, dit Casaregis (2); et la rote de Gênes avait déjà consacré la même règle : *Rumpente mercatore, omne mandatum et omnis commissio dicitur revocata* (3). Mais il faut combiner cette règle avec les principes du droit civil en matière de mandat : or, d'après ces principes, si le mandataire ignore la cause qui a fait cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide, et ses engagements doivent être exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi (4). Si donc la faillite révoque le mandat, cette révocation n'a d'effet, relativement au mandataire et aux tiers, que du jour où elle leur est connue, et tout ce qui a été fait dans l'intervalle écoulé entre la déclaration de faillite et cette connaissance, est valable, et oblige les créanciers (5). Au premier abord, cette solution semble en contradiction avec celle qui précède sur la nullité des contrats passés entre le failli et les tiers de bonne foi qui ignorent la faillite. Mais en y regardant de plus près, cette contradiction disparaît. La faillite, en dessaisissant le failli de l'administration de ses biens, agit directement sur sa personne et lui enlève à l'instant même toute sa capacité relativement aux biens et aux droits dont il est dessaisi : il y a

---

(1) C. civ., 2007.
(2) *Disc.* 152, n. 4 et 5.
(3) Décis., 2, n. 51.
(4) C. civ., 2008 et 2009.
(5) M. Pardessus, n. 1122; MM. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, t. II, n. 450. Cass., 15 février 1808 (Dev. et Car., 2, 1, 489).

dès-lors en lui un défaut de pouvoir qui ne laisse pas de place aux questions de bonne foi, parce que la bonne foi ne peut pas faire que ce qui n'est pas soit. Quant au contraire il s'agit d'un mandataire dont les pouvoirs sont révoqués par la faillite du mandant, cette révocation ne peut avoir d'effet, relativement au mandataire et aux tiers, que du jour où elle est connue d'eux, parce que la faillite n'agit pas directement sur le mandataire; qu'elle ne lui enlève ses pouvoirs que par réflexion : c'est l'incapacité du mandant qui réfléchit sur le mandataire. Le mandataire cesse de pouvoir, parce que le mandant cesse d'être capable de lui communiquer un pouvoir qu'il n'a plus. Mais comme le pouvoir du mandataire est régulier dans son principe, il est manifeste qu'il ne peut cesser de l'être à l'égard des tiers ou de lui-même, que lorsque l'accident qui le vicie est connu d'eux. Que le mandant change de volonté, ou qu'il cesse de pouvoir avoir une volonté, cela est la même chose. Or, de même qu'il est de règle que le changement de volonté du mandant, qui retire au mandataire les pouvoirs qu'il lui avait donnés, n'a d'effet, à l'égard du mandataire et des tiers, qu'autant qu'il a été porté à leur connaissance, de même aussi la révocation du mandat, par suite de la cessation de volonté du mandant qui devient incapable d'en avoir une, n'a d'effet à l'égard du mandataire ou des tiers que lorsque la cause de cette incapacité leur est connue.

242. Le mandat prend fin, non-seulement par la faillite du mandant, mais aussi par celle du mandataire (1) : *Decoctus*, dit Casaregis, *neque alieno nomine negotium neque contractum inire potest*, *quia censetur revocatum omne et quodcumque mandatum* (2). Mais dans ce cas, il est ma-

(1) C. c., 2004.
(2) *Disc.* 75, n. 4.

nifeste que l'incapacité qui atteint le failli produit ses effets à son égard et à l'égard des tiers à l'instant même de la faillite, et que les tiers ne peuvent pas plus prétexter cause d'ignorance de la faillite pour les actes faits par le failli au nom et dans l'intérêt d'un mandant, que pour ceux faits par lui en son propre nom ou dans son intérêt.

243. Nous avons vu que le dessaisissement du failli n'est pas une interdiction; et qu'incapable, en ce qui touche ses biens, dont il a perdu l'administration, il reste capable de contracter sur tous autres objets.

Il suit de là que rien ne s'oppose à ce que le failli puisse se livrer à une industrie, faire un commerce, entrer en société, pourvu qu'il n'expose pas, dans ces diverses entreprises, les biens dont sa faillite l'a dessaisi (1): « Attendu, porte un arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 1831 (2), que les articles 442 et 443 du Code de commerce, ont pour but la conservation des droits des créanciers tels qu'ils sont fixés au jour de son ouverture; que si le débiteur est dépossédé de plein droit de l'administration de ses biens, c'est par la raison qu'ils sont mis directement sous la main de ses créanciers; que c'est une conséquence qu'il n'en puisse disposer, et que tous les actes de transmission faits à leur préjudice soient considérés comme nuls; mais qu'il ne s'ensuit pas que le failli soit tombé en état d'interdiction et privé des droits civils; qu'il a capacité pour se livrer à de nouvelles affaires commerciales ou autres, pourvu que ce soit avec des moyens nouveaux d'iudustrie et non avec des marchandises, effets ou deniers dont il a été dépossédé par la faillite : qu'à

(1) M. Locré, sur l'art. 442; M. Pardessus, n. 1117; M. Lainné, p. 46; M. Renouard, p. 299.

(2) Dev. et Car., 31, 1, 238.

ce moyen tous les intérêts sont conservés, puisque si le débiteur arrive à meilleure fortune, il ajoute à la garantie de ses créanciers, et que, dans le cas contraire, il ne peut la diminuer, les biens de la faillite leur étant affectés exclusivement.» Straccha distingue sur ce point entre le failli frauduleux et celui qui n'est que malheureux, pour refuser au premier la capacité de faire le commerce, qu'il accorde au second (1); mais cette distinction, qui suppose toujours que la faillite entraîne ou peut entraîner une sorte d'interdiction et qui repose toujours sur les idées que les docteurs italiens s'étaient faites de la faillite (2), ne pourrait être admise aujourd'hui. Le failli frauduleux qui peut être poursuivi et condamné comme banqueroutier, comme nous le verrons plus tard, peut être privé de l'exercice des droits civils par suite de l'interdiction judiciaire dans les liens de laquelle le place la condamnation prononcée contre lui (3). Mais l'incapacité qui le frappe alors n'est pas la conséquence directe de la faillite : ce n'est que la conséquence de la condamnation à une peine emportant interdiction. Il ne saurait y avoir aujourd'hui aucune difficulté à cet égard.

244. Mais une question plus difficile à résoudre, est celle de savoir quels sont les droits des créanciers de la faillite sur les biens acquis par le failli dans le commerce ou dans l'industrie qu'il a entrepris depuis sa faillite.

---

(1) *Respondit Baldus si mercatores decoxissent, litteras à mercatoribus non emanatas censeri, quoniam statum immutassent ac conditionem suam deteriorem fecissent..... Supra scripta tamen intelligenda puto quando quis suo vitio decoxit, ratione que conturbavit, et in ipsâ decoctione fraudem admissit. Nam si fortunæ vitio propter insignam calamitatem conturbaret nihil prohibet quin mercaturam exercere possit* (*De mercaturâ*, part. 3, n. 36).

(2) V. *sup.*, n. 224.

(3) V. *sup.*, n. 139.

Il n'est pas douteux que le dessaisissement s'appliquant, d'après l'article 443 du Code de commerce, aux biens qui viennent à échoir au failli depuis la faillite comme à ceux qu'il possédait au moment même de la faillite, les produits de l'industrie et du commerce auxquels il se livre pendant qu'il est en état de faillite, sont le gage des créanciers de la faillite. Il n'est pas douteux non plus que les biens échus au failli depuis qu'il est en état de faillite, n'étant compris dans le désaisissement que sous la déduction des charges, les créanciers de la faillite n'ont droit qu'aux bénéfices qui appartiennent au débiteur dans les opérations nouvelles, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent prendre que ce que le débiteur aurait pris lui-même s'il n'eût pas été dessaisi, puisqu'ils ne font qu'exercer ses droits et actions.

Il suit de là que si la personne qui a fait des avances au failli pour le mettre à même d'entreprendre un commerce ou de se livrer à une industrie, a stipulé comme condition de ces avances qu'elles seraient remboursées par privilège et préférence sur les produits de ce commerce ou de cette industrie, les créanciers de la faillite ne pourront rien prétendre dans ce produit jusqu'à ce que le remboursement soit effectué.

Il suit encore de là que s'il a été formé une société entre le failli et un tiers, et s'il a été convenu que certaines pertes ou certaines dépenses seraient imputées sur la part du failli, les créanciers de la faillite ne peuvent prétendre aux bénéfices du failli que sous la déduction des prélèvements convenus [1].

Mais tous ces prélèvements opérés, les créanciers de la

---

[1] M. Locré sur l'anc. art. 442 c. com.; M. Pardessus, n. 1117; M. Renouard, t. I, p. 302.

faillite, c'est-à-dire ceux qui étaient créanciers du failli, ont-ils un droit exclusif aux biens que le failli a nouvellement acquis; ou bien, au contraire, sont-ils contraints d'admettre le concours des créanciers nouveaux, c'est-à-dire de ceux qui sont devenus créanciers depuis la faillite? Nonobstant un arrêt de la cour royale de Paris (1) qui a admis le concours des créanciers nouveaux avec les anciens, et jugé que les biens qu'acquiert le failli ne sont pas le gage exclusif de ses premiers créanciers (2), je ne pense pas que ce concours doive avoir lieu. Aux termes de l'article 443 du Code de commerce, le failli est dessaisi de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir pendant qu'il est en état de faillite. Si cette disposition ne s'oppose pas à ce que les biens nouveaux supportent les charges qui leur sont propres, il faut au moins reconnaître que le failli, étant dessaisi de ces biens, ne peut, en contractant des dettes, conférer à ses nouveaux créanciers aucun droit sur des biens dont il est dessaisi et dont le dessaisissement nantit les anciens par préférence et privilège. Quand les anciens créanciers sont payés, les créanciers nouveaux peuvent, sans doute, exercer leurs droits sur ce qui reste des biens, s'il en reste; quand le failli a obtenu un concordat qui, en le remettant à la tête de ses affaires, a fait cesser le dessaisissement (3), les nouveaux créanciers peuvent se trouver sur la même ligne que les anciens. Mais jusque-là, c'est-à-dire tant que dure l'état de faillite et le dessaisissement qui en est la conséquence, les créanciers anciens priment les nouveaux. Il y aurait contradiction à admettre le dessaisissement au profit des créanciers

---

(1) 2 février 1835 (Dev. et Car., 35, 2, 547; Dall., 35, 2, 116).
(2) M. Dalloz, *Répert.*, v° *Faillites*, p. 60.
(3) V. *inf.* § 4.

anciens, et à autoriser les nouveaux créanciers à concourir avec les anciens comme s'il n'y avait pas de dessaisissement (1).

245. Une des conséquences les plus remarquables du dessaisissement prononcé par l'article 443 du Code de commerce, c'est de priver le failli de l'exercice de ses actions actives et passives qui, à partir du jugement déclaratif, ne peuvent être suivies que par les syndics, ou intentées que contre eux. *Non ignoro*, dit Straccha, *decoctorem qui bonis cesserit, nec agere, nec conveniri posse.* (2) — *Curatori personæ decoctæ competunt omnes actiones decocto competentes*, dit encore Casaregis (1). L'article 443 du Code de commerce n'est donc que l'expression littérale des principes admis par les anciens docteurs. Il est d'ailleurs parfaitement logique de refuser au failli, qui est privé de l'administration de ses biens, le droit d'agir pour les défendre ou pour les revendiquer. Ses actions font partie de ses biens : il ne peut donc pas plus exercer les unes qu'il ne peut disposer des autres. *Decoctus non potest agere in judicio et actiones exercere, nec actiones activas et passivas, cùm amisit et dominium et proprietatem suorum bonorum, interim pendente judicio concursûs, retinere.* (4)

246. Il y a d'ailleurs cette similitude entre les effets généraux du dessaisissement appliqué à tous les biens, et les effets particuliers du dessaisissement relatif à l'exercice des actions, que, de même que le dessaisissement ne s'applique qu'aux biens du failli, de même la privation du droit d'exercer les actions ne s'applique qu'aux actions relatives aux biens.

---

(1) M. Renouard, t. I, p. 301.
(2) *De decoct.*, part. 3, n. 14.
(3) *Disc.* 209, n. 17.
(4) Roccus, *De decoct.*, note 97, n. 283.

Le failli conserve donc le droit d'exercer les actions qui ont pour objet les droits attachés à sa personne [1], comme dans le cas d'opposition au jugement déclaratif de la faillite [2], ou d'une demande en séparation de corps ou en séparation de biens; sauf aux syndics le droit de surveillance ou de tierce-opposition dans l'intérêt de la masse. [3].

247. Du reste, même dans les instances qui ne peuvent être suivies que par les syndics, ou qui ne peuvent être intentées que contre eux, l'article 443 du Code de commerce donne au failli le droit d'intervenir dans tous les cas où les tribunaux jugeront convenable d'accueillir son intervention. Cette disposition nouvelle met fin à la divergence qui existait sous l'empire du Code de commerce de 1808, entre ceux qui voulaient que le failli ne pût intervenir qu'autant que ses droits étaient compromis par les syndics, ou lorsqu'il avait des moyens particuliers non employés par eux, et ceux qui accordaient dans tous les cas au failli un droit absolu d'intervention.

248. Le failli, quoique privé de l'exercice de ses actions, peut néanmoins faire des actes conservatoires, interjeter appel [4], interrompre une prescription. Seulement, c'est aux syndics à suivre l'instance sur ces actes, sauf au failli à intervenir et à la suivre lui-même si ceux-ci par leur inaction compromettaient ses intérêts.

249. Pour compléter le dessaisissement du failli et le mettre hors d'état de disposer des biens dont l'administration lui est retirée, le législateur a prescrit deux mesures qui, l'une

---

(1) C. civ., 1166.

(2) C. com., art. 580.

(3) M. Pardessus, n. 1117; M. Lainné, p. 47; M. Renouard, p. 503 et 507.

(4) Lyon, 23 août 1828 (Dev. et Car., 9, 2, 144; Dall., 28, 2. 207).

et l'autre plus ou moins facultatives, sont mises à la disposition des juges pour leur donner tous les moyens d'assurer l'exercice des droits dévolus aux créanciers. Ces mesures sont l'apposition des scellés au domicile du failli et l'arrestation de sa personne.

Par le même jugement qui déclare la faillite, le tribunal ordonne l'apposition des scellés (1). Cette apposition a lieu sur les magasins, comptoirs, caisses, portefeuilles, papiers, livres, meubles et effets du failli (2). En cas de faillite d'une société, les scellés sont apposés, non-seulement dans le siège principal de la société, mais encore dans le domicile séparé de chacun des associés solidaires (3). S'il n'y avait pas d'associés solidaires, c'est-à-dire, si la société était anonyme, les scellés ne pourraient être apposés que sur les établissements, magasins et effets qui appartiennent à cette société.

Le juge de paix qui est chargé de faire cette apposition, sur le vu de l'expédition du jugement du tribunal de commerce, peut même y procéder, soit avant tout jugement, soit d'office, soit sur la réquisition d'un ou de plusieurs créanciers, mais seulement dans le cas de disparition du débiteur, ou de détournement de tout ou partie de l'actif (4).

Si le juge commissaire chargé de la surveillance de la faillite, estime que l'actif du failli peut être inventorié en un seul jour, il n'est point apposé de scellés, et il est procédé de suite à l'inventaire dans la forme prescrite par les articles 490 et suivants du code de commerce (5).

250. En même temps que le tribunal déclare la faillite et

---

(1) C. com., 455.
(2) C. com., 458.
(3) *Ibid.*
(4) C. com., 457.
(5) C. com., 455.

ordonne l'apposition des scellés, il peut prescrire le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par un gendarme. Cette mesure qui est à la fois répressive et préventive, répressive en ce qu'elle est une peine, préventive en ce qu'elle a pour but, en privant le failli de sa liberté, de lui enlever les moyens de nuire à ses créanciers, était forcée sous l'empire du code de commerce de 1808. La rigueur de cette règle était due aux instances de l'Empereur qui, persistant à voir dans le failli un coupable présumé, avait voulu qu'on commençât par le mettre en prison, sauf à le mettre ensuite en liberté quand il se serait justifié. Mais cette sévérité extrême qui se trouvait en contradiction avec la réalité des choses, avait eu pour résultat l'inexécution de la loi, qui n'était jamais appliquée quand la faillite ne présentait pas des indices de mauvaise foi ou de fraude. La loi nouvelle du 8 juin 1838 s'est donc rapprochée de la vérité des choses et a obéi à une nécessité démontrée par l'expérience, quand elle dispose, par son article 456, que lorsque le failli se sera conformé aux articles 438 et 439, en déclarant lui-même au greffe du tribunal sa cessation de payements, et en déposant son bilan, et qu'il ne sera point, au moment de sa déclaration, incarcéré pour dettes ou pour toute autre cause, le tribunal pourra l'affranchir du dépôt ou de la garde de sa personne.

Il y a plus : lorsque l'incarcération a eu lieu, le juge-commissaire peut, d'après l'état apparent des affaires du failli, proposer sa mise en liberté avec sauf-conduit provisoire de sa personne. Si le tribunal accorde le sauf-conduit, il pourra obliger le failli à fournir caution de se représenter, sous peine de payement d'une somme que le tribunal arbitrera,

et qui sera dévolue à la masse [1]. A défaut par le juge-commissaire de proposer un sauf-conduit pour le failli, ce dernier peut le demander lui-même au tribunal [2].

251. Aux termes de l'article 455 du Code de commerce, lorsque le tribunal a ordonné l'arrestation du failli, il ne peut être reçu contre lui, ni écrou, ni recommandation pour aucune espèce de dettes. Cette disposition, qui soustrait le failli à la contrainte par corps, n'est pas une faveur. C'est la conséquence naturelle du principe qui, en matière de faillite, substitue l'action générale de la masse à l'action individuelle des créanciers; cependant, comme on n'a pas voulu, avec raison, que le débiteur trouvât dans la déclaration volontaire et spontanée de sa cessation de payements, un moyen de recouvrer la liberté qu'il aurait déjà perdue, l'article 456 veut que le failli qui, au moment de la déclaration de faillite, est déjà incarcéré pour dettes, ne puisse être affranchi du dépôt ou de la garde de sa personne, de telle sorte que son arrestation continue de subsister, non pas précisément en vertu de la contrainte par corps précédemment exercée contre lui, mais en vertu de l'arrestation ordonnée par le jugement déclaratif.

Mais ici, on peut se demander, en premier lieu, si lorsque le jugement déclaratif a ordonné l'incarcération du failli déjà détenu pour dettes, le failli peut en cet état obtenir un sauf-conduit; et, en second lieu, si, ce sauf-conduit obtenu, il est à l'abri des poursuites individuelles qu'un de ses créanciers exercerait contre lui par voie de contrainte par corps?

Sur le second point, on doit décider l'affirmative. La condition de laquelle l'article 456 fait dépendre l'affranchis-

---

(1) C. com., 472.
(2) C. com., 473.

sement des poursuites, particulières est remplie par cela seul que le jugement déclaratif a, conformément à l'article 455, ordonné le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne. Si donc plus tard le tribunal de commerce juge convenable d'ordonner l'élargissement du failli, celui-ci peut toujours se prévaloir de l'article 456. Cette solution se justifie par cette considération, que la contrainte par corps exercée contre le failli après un sauf-conduit, constituerait une poursuite sans objet ou une rigueur inutile. En effet, la contrainte par corps n'est pas une peine, c'est un moyen d'exécution, c'est-à-dire un moyen de contraindre le débiteur par la perte de sa liberté et par la douleur morale que cette perte lui inflige, à payer avec les ressources qu'il soustrait à l'action de ses créanciers. Autrefois on soumettait les débiteurs insolvables à la question, pour les contraindre à découvrir les trésors qu'on les soupçonnait d'avoir cachés (1). Aujourd'hui la torture morale a remplacé la torture physique; mais il n'en est pas moins évident que lorsque le tribunal, en accordant un sauf-conduit au failli et en l'affranchissant de la gêne que lui impose l'emprisonnement, a jugé que cette gêne était inutile, un créancier ne peut substituer son action à celle de la justice, et exercer des poursuites individuelles. Le tribunal peut révoquer le sauf-conduit et replacer le failli sous le coup des mesures ordonnées par le jugement déclaratif, si la nécessité s'en fait reconnaître; mais le réemprisonnement du failli ne peut avoir lieu sur la poursuite et par la volonté seules de l'un de ses créanciers. D'un autre côté, la contrainte par corps n'a pour but que de

(1) *Mercatores failliti, cessantes et fugitivi possunt torqueri ut indicent pecunias ipsis datas ad mercandum, quas nunc denegant habere, et dicunt illas perdidisse* (Straccha, *De decoct.*, *part. ult.*, n. 2.)

forcer le débiteur à payer; or, comment un créancier, qui n'a pas le droit de se faire payer par le failli auquel il est défendu de faire aucun payement à l'un de ses créanciers, au préjudice de la masse, pourrait-il diriger des poursuites qui tendraient à ce payement et que le débiteur serait dans l'impossibilité de faire cesser en payant?

Les mêmes motifs décident la question de savoir si ce sauf-conduit peut être accordé, bien que le failli ait été emprisonné antérieurement à la faillite, à la requête d'un de ses créanciers; car, si, après ce sauf-conduit, le failli ne peut être emprisonné sur la poursuite invididuelle d'un de ses créanciers, parce qu'une poursuite individuelle ne peut paralyser les effets du sauf-conduit, on ne voit pas pourquoi son emprisonnement antérieur ferait obstacle à l'obtention du sauf-conduit. Le maintien de la contrainte par corps, dans ce cas, ne présente pas plus d'utilité que son exercice dans l'autre; et il faut reconnaître, dès-lors, que l'article 455 du Code de commerce, en disposant qu'il ne peut être reçu contre le failli ni écrou, ni recommandation pour aucune espèce de dettes, établit un principe général dont l'application n'est pas subordonnée à l'emprisonnement actuel du failli (1).

Je vais même jusqu'à penser que, lors que le failli a été affranchi du dépôt et de la garde de sa personne, conformément à l'article 456, la disposition de l'article 455, portant qu'il ne peut être reçu contre lui ni recomman-

---

(1) Colmar, 17 janv. 1824 (Dev. et Car., 7, 2, 293; Dall., 8, 95); Rouen, 26 avril 1824 (Dev. et Car., 7, 2, 332; Dall., 8, 97); Montpellier, 27 avril 1825 (Dev. et Car., 8, 2, 68; Dall., 26, 2, 215); Paris, 31 août 1839 (Dev. et Car., 40, 2, 122). — M. Pardessus, n. 1149; M. Locré sur l'art. 467; M. Delvincourt, *Inst. de droit com.*, t. II, p. 422; M. Renouard, *Des faillites*, t. I, p. 394. — En sens contraire, Paris, 14 octobre 1840 (Dev. et Car., 41, 2, 77).

dation, ni écrou, est encore applicable. Il est vrai que cette disposition semble se rapporter au cas où le tribunal a ordonné le dépôt ou la garde du failli; mais en réalité, elle se rapporte aussi à l'article 456 qui la suit immédiatement, puisque la contrainte par corps n'aurait pas plus d'utilité dans ce cas que dans les autres; et que, d'ailleurs, le tribunal a toujours la faculté de rapporter, soit d'office, soit sur la demande des créanciers, la disposition du jugement déclaratif qui dispense le failli du dépôt ou de la garde de sa personne.

En définitive, et comme nous le verrons plus tard, les créanciers ne rentrent dans l'exercice de leurs droits individuels contre le failli, et ne peuvent exercer la contrainte par corps contre lui que lorsqu'après la dissolution de l'union, le failli n'a pas été déclaré excusable par le tribunal. C'est ce qui résulte formellement de l'article 539 du Code de commerce [1].

252. Il faut en même temps conclure de là qu'après la clôture de l'union, le dépôt ou la garde auxquels le failli aurait été soumis par le jugement déclaratif de la faillite, et qui auraient été maintenus, cessent de plein droit dès que les créanciers reprennent l'exercice de leurs actions individuelles par suite de la dissolution de la masse, les effets du recours collectif exercé au nom d'une masse qui n'existe plus, doivent cesser en même temps. La divergence qui existait sur ce dernier point, dans la jurisprudence, sous l'empire des dispositions du Code de commerce de 1808, provenait précisément de ce qu'aucune disposition de ce Code ne statuait sur le point de savoir si, après la clôture de l'union, les créanciers rentraient dans l'exercice de leurs droits et de leurs actions individuelles: question alors controversée [2],

---

(1) V. *inf.*, § 4.
(2) M. Pardessus, n. 1268; M. Lainné, *Des faillites*, p. 331.

mais qu'a résolue affirmativement l'article 539 de la loi nouvelle (1).

253. Pour compléter les notions relatives à la position exceptionnelle dans laquelle la faillite place le débiteur, il nous reste à passer en revue certains effets accessoires qui affectent profondément sa capacité civile et politique. Ici il ne s'agit plus de la conservation des biens du failli, ni de l'intérêt de ses créanciers, mais de l'exercice d'une sorte de vindicte publique dont on peut critiquer le fondement, puisque les incapacités dont il va être question atteignent tous les faillis, sans distinction entre les malheureux et les coupables; ce qui s'explique d'ailleurs par cette circonstance que l'établissement de la plupart de ces incapacités remonte à une époque où la présomption de culpabilité pesait sur tout failli. Cette présomption était accueillie sans difficulté par l'opinion publique, et elle passa bientôt après dans l'esprit et dans les dispositions du Code de commerce. Mais ne peut-on trop s'étonner de voir quelques-unes de ces incapacités maintenues et rappelées par la loi de 1838, dont cependant l'esprit n'est pas le même que celui de l'ancienne loi, et qui n'admet pas nécessairement la présomption de fraude et de culpabilité.

254. Aux termes de l'article 5 de la constitution de l'an 8, « l'exercice des droits de citoyen français est suspendu par l'état de débiteur failli ou d'héritier immédiat détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli..... » Cette disposition reproduit celles des articles 5, 6 et 7 de la loi du 22 décembre 1789, desquels il résultait que les banqueroutiers, faillis, débiteurs insolvables et leurs en-

(1) Pour la cessation de l'emprisonnement, voy. Cass., 9 mai 1814 (Dev. et Car., 4, 1, 360; Dall., 8, 91); pour sa continuation, Cass., 9 nov. 1824 (Dev. et Car., 7, 1, 334; Dall., 8, 92).

fants ne pouvaient être admis dans les assemblées primaires, ni devenir ou rester membres soit de l'Assemblée nationale, soit des assemblées administratives, soit des municipalités; et de la constitution de 1791, dont l'article 5 du titre 3, chapitre 1er, section 2, excluait de l'exercice des droits de citoyen actif ceux qui, après avoir été constitués en état de faillite ou d'insolvabilité prouvée par pièces authentiques, ne rapportaient pas un acquit général de leurs créanciers. Le 21 vendémiaire an 3, la Convention nationale avait encore décrété que ceux qui, ayant fait faillite, ne se seraient pas complètement libérés envers leurs créanciers, ne pourraient exercer aucune fonction publique.

Une première remarque à faire, c'est que l'article 5 précité de la constitution de l'an 8 ne parle que des faillis ou de leurs héritiers; de telle sorte que l'incapacité qu'il consacre ne peut, à la différence de ce qui avait lieu sous l'empire des lois antérieures, s'appliquer aux simples débiteurs insolvables (1).

Mais, sauf cette exception, l'article 5 de la constitution de l'an 8 a maintenu les lois antérieures, et n'a été lui-même abrogé par aucune loi postérieure.

Il suit de là qu'un failli, même concordataire, ne peut remplir des fonctions électorales (2), ni être juré (3); mais il peut et doit faire le service de la garde nationale, parce que ce service, auquel les étrangers eux-mêmes sont appelés, est indépendant de l'exercice des droits de citoyen (4).

255. Du reste, comme l'article 5 de la constitution de l'an 8

---

(1) Cass., 16 janvier 1844 (Dev. 44, 1, 344).

(2) Cass., 9 juillet 1832 (Dev. et Car., 32, 1, 528; Dall., 32, 1, 304); et 6 août 1838 (Dev. et Car., 39, 1, 139).

(3) Cass., 12 nov. 1841 (Ib. 42, 1, 945).

(4) Cass., 23 juillet 1839 (Dall., 39, 1, 365).

ne prive le failli que de l'exercice des droits de citoyen, il faut en conclure qu'il conserve l'exercice des droits civils proprement dits. Ainsi, il peut être témoin instrumentaire dans un acte authentique [1], tuteur, curateur, membre d'un conseil de famille [2]. Il n'y a aucune contradiction à ce que le failli, qui ne peut pas administrer ses biens, puisse administrer ceux des autres, puisque nous avons déjà vu que le dessaisissement n'a pour cause que l'intérêt des créanciers, et non une incapacité inhérente à la personne même du failli qui conserve l'administration des biens de son conjoint ou de ses enfants [3].

256. Dans tous les cas qui précèdent, l'incapacité du failli est partagée par son héritier immédiat, ou par le détenteur à titre gratuit de tout ou partie de sa succession; mais il faut bien remarquer que l'héritier immédiat qui a employé toute la la succession, et au-delà, à payer les dettes de son auteur, est affranchi de l'incapacité qui pesait sur le failli, parce qu'il ne peut être considéré comme détenteur à titre gratuit de sa succession [4].

257. Aux incapacités qui précèdent, il faut ajouter celle d'ouvrir un théâtre, pour tout entrepreneur qui a fait faillite [5], celle d'être admis à l'escompte de la Banque de France [6], enfin, la prohibition d'entrée à la Bourse, prononcée par un arrêt du conseil du 12 avril 1766, reproduite par l'ancien ar-

---

(1) Cass., 10 juin 1824 (Dev. et Car., 7, 1, 474); M. Pardessus, n. 1313; M. Rolland de Villargues, *Répert. du not.* v° *Témoins instrum.*, n. 16. — En sens contraire, Rouen, 13 mai 1839 (Dev. et Car., 39, 2, 346); M. Renouard, t. II, p. 309.

(2) Bruxelles, 14 août 1843 (Dall., 34, 2, 143); En sens contraire, M. Boulay-Paty, *Des faillites*, n. 69.

(3) V. sup., n. 251.

(4) Nismes, 22 fév. 1839 (Dall. 39, 2, 146).

(5) Décr. 8 juin 1806.

(6) Décr. 16 janvier 1808.

ticle 614 du Code de commerce, et maintenue par le nouvel article 613, qui s'est fait l'écho d'anciennes préventions et l'instrument d'une rigueur inutile et sans objet.

L'article 83 du Code commerce défend encore de nommer un failli agent de change ou courtier. Cette disposition est sage. Celui qui n'a pas été assez habile ou assez heureux pour conduire ses propres affaires, ne peut recevoir le mandat public et officiel de conduire celles des autres.

258. Le dessaisissement qui atteint le failli, les incapacités qui le gênent, cessent de plusieurs manières, dans le détail desquelles nous entrerons, après avoir examiné les effets rétroactifs de la déclaration de faillite, sur le temps qui s'est écoulé entre la cessation de payements et le jugement déclaratif. Je renvoie aussi après cet examen l'indication sommaire des règles qui président à l'administration de la faillite.

---

§ II. — *Des effets de la faillite relativement aux actes antérieurs au jugement déclaratif.*

SOMMAIRE. — 259. Effets de la faillite sur les actes antérieurs. Systèmes différents.— 260. Historique de la législation. Ancien droit italien.— 261. Ancien droit français.— 262. Nouveau droit. Code de commerce de 1808.— 263. Loi du 10 juin 1838.— 264. Système de cette loi.— 265. Nullité des dispositions à titre gratuit. — 266. *Quid?* des dispositions à titre onéreux. — 267. *Quid?* des hypothèques ou des privilèges conférés depuis la cessation de payements. — 268. Inscription des privilèges ou hypothèques antérieurement acquis. — 269. Payements. Distinctions entre les dettes échues et les dettes non échues. — 270. Payement d'une facture non échue. — 271. Payement par compensation. Renvoi. — 272. En quelles valeurs peut avoir lieu le payement des dettes échues.— 273. Validité de tous autres actes.— 274. Exceptions pour les actes faits en fraude des droits des créanciers. — 275. Du cas où celui qui a traité avec le failli avait connaissance de la cessation de payements. — 276. Du payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.— 277. Transition au paragraphe suivant.

259. Ç'a toujours été un point fort embarrassant pour les législateurs et les jurisconsultes que la détermination des

effets de la faillite sur les actes antérieurs. A cet égard, deux systèmes se sont toujours trouvés en présence : l'un, fort absolu, qui, faisant remonter les effets de la faillite du jour où elle a éclatée jusqu'à l'époque où les affaires du débiteur ont commencé à se déranger ; qui, réputant le failli aussi incapable pendant ce temps intermédiaire que pendant celui qui suit la faillite annule également les actes antérieurs et les actes postérieurs ; l'autre qui, tout en reconnaissant que les actes faits par le débiteur dans un temps voisin de l'éclat de sa faillite, peuvent ne pas être exempts de fraude, et que la fraude peut même être quelquefois présumée, ne les annule que suivant les circonstances, ou en ayant égard à leur nature et aux effets qu'ils sont destinés à produire.

260. De ces deux systèmes, le premier a longtemps prévalu : les anciens jurisconsultes italiens s'y étaient rattachés. Casaregis et tous les docteurs de son temps annulaient tous les actes faits par le commerçant près de faillir, et ne mettaient aucune différence entre lui et le commerçant qui était déjà en faillite : *Inter decoctum et esse proximum decoctioni, in jure nulla adest differentia nulla que intercedit inter eos distinctio* (1). Roccus, après avoir posé le principe de la nullité des actes faits par le failli, en étendait sans hésiter l'application aux actes faits par le failli dans un temps voisin de sa faillite : *In proximo decoctioni procedunt etiam omnia supra dicta ; siquidem mercatores cum jam conturbandi consilium inierunt se aliquibus creditoribus gratiosos reddere volunt, undè solvent vel contrahunt, vel debitores, liberant, vel merces emunt, habitâ fide de pretio : quibus in casibus omnia acta per eos gesta præsumuntur plena fraudibus et simulata et cum dolo*

(1) *Disc.* 75, n. 2.

gesta ex decoctionis proximitate. (1). Mais il était facile de voir que ce système si entier, dont l'avantage était d'offrir une règle générale, uniforme et inflexible qui, loin de se plier aux circonstances, forçait au contraire les circonstances à subir sa loi, péchait précisément par ce qui en faisait tout le mérite; et que le système contraire qui n'annulait les actes antérieurs à la faillite que lorsqu'ils étaient entachés de fraude, tout en présentant plus de difficultés dans l'application, conduisait à des résultats plus équitables.

Du reste, sous l'empire des législations et des doctrines antérieures au code, il y avait, quelque fût le système qu'on adoptât, une autre difficulté. Ni ces législations, ni ces doctrines ne reconnaissant la nécessité d'un jugement déclaratif, l'ouverture de la faillite se déterminait d'elle-même par la présence d'actes extérieurs plus ou moins précis, et le juge n'ayant pas à intervenir, n'avait pas la faculté de déterminer la date antérieure de la cessation de payements. De là naissait la question de savoir jusqu'à quelle époque devaient rétroagir les effets de la faillite. Il ne suffisait pas de dire qu'il n'y avait aucune différence entre le négociant failli et celui qui était près de faillir; car restait toujours à savoir ce qu'il fallait entendre par un commerçant près de faillir, *proximus decoctioni;* et là-dessus les docteurs étaient loin de s'entendre, *et in hoc multum discrepant doctores*, disait Casaregis (2). Les uns fixaient à dix jours le temps antérieur à l'éclat de la faillite pendant lequel le commerçant était assimilé à celui dont la faillite avait déjà éclaté; les autres portaient ce délai à quinze jours; d'autres, au contraire, le ré-

---

(1) Roccus, *De decoct.*, note 36, n. 108. — Voy. aussi Straccha, *De decoct.*, part. 3, n. 30 et suiv.

(2) *Disc.* 73, n. 3.

duisaient à quatre ou à six jours ([1]); ceux-ci n'annulaient les actes faits par le failli que lorsque la faillite avait immédiatement suivi ([2]); ceux-là les annulaient lorsqu'il ne s'étaient écoulé que deux ou trois jours ([3]); enfin après avoir cherché à poser une règle, les docteurs étaient obligés de convenir qu'il n'y en avait pas, et d'abandonner la solution de la question à l'arbitraire des tribunaux ([4]); et même, dans le cas où les statuts locaux avaient déterminé un délai antérieur pendant lequel l'imminence de la faillite était assimilée à la faillite, de reconnaître que cette détermination n'interdisait pas aux juges la faculté d'annuler des actes antérieurs à ce délai, s'ils leurs paraissaient faits à raison de l'imminence de la faillite, et par un commerçant près de faillir.

([1]) *Alii volunt eum intelligi debere decoctum qui intra decem dies à celebratione contractûs, aut negotii ab eo gesti foro cesserit; alii hoc idem tempus ampliant usque ad dies quindecim; alii illud abbreviant usque ad quatuor aut sex dies* (Casaregis, *ibid*).

([2]) Menochius, *De præsumpt.*, lib. 5, *præs.* 3, n. 111; Rote de Gênes, *Décis.* 83, n. 12.

([3]) Straccha, *De decoct.*, part. 3, n. 30; Balde, vol. I, cons. 400. — Le passage suivant, de Roccus, fait bien connaître la divergence des opinions et les embarras qui en résultaient : « *Tempus decoctioni proximum quæritur, quantum sit ad præsumendam fraudem et inducendam actûs nullitatem; alii dicunt opus esse ut immediate sequatur decoctio; alii intelligunt quod sit de propinquo; alii dicunt quod paulo post mercator decoxerit; alii autem tempus prædictum expresserunt per biduum vel triduum ante decoctionem; Rota Genuensis dixit quod infra dies quindecim ante rupturam actus facti non tenent* (Décis. 184)*; et tandem quod infrà quatuordecim dies secuta sit decoctio, dicatur tempus breve, et fraus colligatur, dixit Rota Romana; et licet Gratianus* (*Discept. forens.*, cap. 391, t. II, n. 9 et seqq.), *probet quod tempus duo et vigenti dierum, antèquam decoctio fuerit publicata, non sit tempus breve et scripsit pro validitate actûs, ego obtinui pro nullitate actûs facti per undecim dies ante decoctionem* (*De decoct.*, note 37, n. 108 et suiv.).

([4]) *Hanc tamen quæstionem omnes communiter decidendam relinquunt arbitrio judicis, cum ejusdem decisio ut plurimum dependet a casuum circonstantiis* (Casaregis, *ubi sup.*, n. 6).

Verum tamen est quod in aliquibus locis, et civitatibus per statuta dispositum, quod omnes contractus, sive negotia censeri debeant nulla, et invalida, quæ facta fuissent à mercatore intrà certum et determinatum tempus antè ejus decoctionem; sed non propterea deducitur quod per hæc statuta derogatum fuerit dispositioni juris communis in omnibus aliis casibus, in quibus etiam antè hoc tempus statutarum, mercatores apparent proximè decocturi, propter eorum magna debita sine spe ea in posterum extinguendi (1) : solution qui reposait sur ce principe incontestable que lorsque la loi établit pour un certain cas, soit une présomption, soit un mode de preuve plus facile, elle n'exclut pas, soit pour ce cas, soit pour les cas analogues, les autres modes de preuves admis par le droit commun : *Cum indubitati juris sit, quod quando per statuta inducta fuit aliqua præsumptio, sive modus facilioris probationis in uno casu, non per hoc intelligatur prohibitum aliud genus probationis à jure communi permissum* (2).

261. En France, les premiers actes législatifs échappèrent à la solution de la difficulté en évitant de s'en occuper. Un édit de Henri IV, du mois de mai 1609, annulait « tous transports, cessions, donations, ventes et aliénations faites aux enfants et héritiers présomptifs ou aux amis du débiteur, » sans d'ailleurs déterminer le temps dans lequel ces actes devaient être faits pour encourir la peine de la nullité; et l'article 4 de l'ordonnance de 1667, au titre des faillites et banqueroutes, en déclarant nuls « tous transports, cessions, ventes et donations de biens meubles ou immeubles faits en fraude des créanciers, » se bornait à rappeler un principe général et de droit commun, qui n'a rien de particulier au cas de faillite, et dont les créanciers peuvent en toute matière et en tout temps

(1) Casaregis, *Disc.* 73, n. 7.
(2) *Ibid.*, n. 8.

se prévaloir (¹). Cependant un réglement particulier fait le 2 juin 1667, pour la ville de Lyon, avait été plus loin. L'article 13 de ce réglement portait que « toutes cessions et transports sur les effets des faillis, seraient nuls s'ils n'étaient faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue. »

C'était là une réminiscence des doctrines italiennes qui, presque toujours, avant de pénétrer dans le reste de la France, s'acclimatèrent à Lyon, où des relations actives avec les ultramontains entretenaient le commerce non moins productif des idées. Cette disposition, qui avait l'avantage de faire sortir la faillite du droit commun, pour la placer sous l'empire du droit exceptionnel qu'appelle nécessairement la position exceptionnelle du commerçant qui cesse ses payements, fut plus tard généralisée et appliquée à toute la France, par une déclaration du 18 novembre 1702, qui porte que « toutes actions et transports sur les biens des marchands qui font faillite, sont nuls et de nulle valeur, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue; comme aussi que les actes et obligations qu'ils passent devant notaires au profit de quelques uns de leurs créanciers, et pour contracter de nouvelles dettes, ensemble les sentences qui sont rendues contre eux n'acquièrent aucune hypothèque ni préférence sur les créanciers chirographaires, si lesdits actes et obligations ne sont passés, et si lesdites sentences ne sont rendues pareillement dix jours au moins avant la faillite publiquement connue. »

262. Cette déclaration, qui consacrait le système absolu d'annulation de tous les actes faits dans un temps voisin de la faillite, devint le droit commun de la France, jusqu'au

---

(¹) *ff.* lib. 42, tit. 7, *quæ in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur;* — Domat, liv. 2, tit. 10, sect. 1; Code civil, art. 1167.

Code de commerce de 1808. Ce Code apporta à cet égard de profondes modifications dans la législation. Mais il est à croire que ses auteurs ne se rendirent pas un compte bien exact des innovations dont ils avaient senti le besoin. C'est ainsi que, d'un côté, ils introduisaient la nécessité d'un jugement déclaratif de la faillite, avec faculté pour le tribunal d'en reporter l'ouverture à une date antérieure au jugement, et faisaient remonter le dessaisissement du failli jusqu'au jour de la faillite ainsi reportée, ce qui était adopter le système d'annulation nécessaire et de plein droit des actes antérieurs; et que, d'un autre côté, ils établissaient, en ce qui touchait les actes faits dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, des distinctions et des catégories, suivant lesquels les uns étaient nuls de plein droit, les autres présumés frauduleux ou annulables si la fraude était prouvée ([1]).

Dans ces dispositions sinon contradictoires, du moins fort peu homogènes, les deux systèmes se trouvaient en présence. Le système absolu de l'annulation générale gouvernait les actes postérieurs à la date à laquelle était reportée l'ouverture de la faillite, tandis que le système beaucoup plus doux, qui tient compte de la nature des actes et des circonstances, gouvernait les actes faits dans les dix jours qui précédaient cette ouverture.

Les difficultés les plus graves résultèrent de ces dispositions; et les tribunaux auxquels il répugnait d'appliquer les effets rigoureux du dessaisissement jusqu'au jour auquel la faillite avait été reportée, altérèrent plus d'une fois le sens naturel du Code, en ne faisant partir les effets du dessaisissement qu'à dater du jugement déclaratif, ce qui permettait de maintenir les actes antérieurs faits de bonne foi entre le failli et

---

([1]) C. com., art. 441 et suiv., anciens.

ses créanciers ([1]). Mais il faut bien reconnaître que cette entente de la loi, quelque conforme qu'elle fût aux règles de la justice et de l'équité, consacrées d'ailleurs par les dispositions relatives aux actes faits dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, n'en était pas moins contraire au sens évident et logique des dispositions qui, en donnant un effet rétroactif au dessaisissement, avaient pour résultat d'annuler pour défaut de capacité du failli, tous les actes qu'il avait faits à partir de l'époque où il avait été dessaisi. Mais cet effet rétroactif n'était qu'une fiction légale, et l'esprit répugne toujours à admettre les fictions qui ont pour résultat de consacrer une injustice. Si, en matière civile, les fictions sont acceptées avec une certaine facilité, il n'en est pas de même en matière commerciale, où on s'attache beaucoup plus à la réalité et à l'équité relatives, dans chaque cas donné, qu'aux règles générales dont l'équité abstraite peut devenir une injustice dans leur application aux espèces particulières.

Du reste, il était fort inutile que le Code de 1808 s'occupât d'un délai de dix jours antérieur à l'ouverture de la faillite, pendant lequel les actes faits par le failli se trouvaient astreints à des règles particulières. Sous l'empire d'une législation qui n'admettait pas la nécessité d'un jugement déclaratif, ni, conséquemment, la faculté pour les tribunaux de reporter l'ouverture de la faillite à une date antérieure à celle du jugement déclaratif; où l'ouverture de la faillite prenait date du jour où elle était *publiquement connue* ([1]), on concevait la

---

([1]) Voy. Cass., 16 mai 1815 (Dev. et Car., 5, 1, 52; Dall., 8, 76); 22 juillet 1823 (Dev. et Car., 7, 1, 297; Dall., 8, 81); 7 mars 1827 (Dev. et Car., 8, 1, 343; Dall., 27, 1, 178); 13 mai 1829 (Dev. et Car., 9, 1, 289; Dall., 29, 2, 243).

([1]) Décl. de 1702.

fixation d'un délai uniforme de dix jours antérieur à celui de la connaissance publique, pendant lesquels le commerçant près de faillir, *proximus decoctioni*, était assimilé au failli. Mais, lorsqu'au contraire, les juges appelés à déclarer la faillite ont la faculté d'en reporter l'ouverture à la date qui leur convient, et qui leur paraît nécessaire pour atteindre les actes faits par le failli, dans la prévision de sa faillite prochaine, sans être arrêtés par aucune limite de temps autre que la prescription, on ne comprend plus ce que veut dire le délai de dix jours. Pour se l'expliquer, il faut se rappeler que la formalité du jugement déclaratif n'ayant été introduite que dans la discussion au Conseil-d'État, et par amendement (1), cette innovation ne s'est pas trouvée en harmonie avec les autres dispositions combinées dans le système d'une faillite dont la date n'était déterminée que par la notoriété publique ou par certains actes extérieurs.

263. C'est en cet état de choses que fut présenté aux Chambres le projet d'une nouvelle loi sur les faillites. Ce projet abandonnait le système de la nullité absolue et de plein droit; car, tout en permettant aux tribunaux de reporter la faillite à une date antérieure à celle du jugement déclaratif, il ne faisait partir le dessaisissement que de ce jugement; d'où la conséquence que si les actes par lesquels le failli avait disposé de ses biens dans le temps intermédiaire au jour de sa cessation de payements, déterminée par le jugement déclaratif, et au jugement déclaratif lui-même, pouvaient être annulés, ce n'était pas pour cause d'incapacité de la part du failli, mais pour des raisons particulières puisées dans les circonstances ou dans la nature des actes.

Il ne faut pas s'étonner si la discussion de ce projet, dans

(1) Voy. *sup.*, n. 215.

les deux Chambres, se ressentit de la confusion qui régnait depuis longtemps dans les idées. Les uns voulaient que tous les actes passés par le failli depuis la cessation de ses payements, dont la date était fixée par le jugement déclaratif, fussent nuls sans distinction; les autres, effrayés par cette tendance à exagérer les effets de la faillite sur les actes antérieurs à la déclaration, voulaient qu'on ne pût faire remonter la faillite, ceux-ci à plus d'un mois, ceux-là à plus de vingt-quatre heures; les uns voulaient que les actes antérieurs fussent présumés frauduleux, jusqu'à preuve contraire; les autres, qu'ils fussent présumés de bonne foi. Enfin, toutes ces prétentions absolues dont l'adoption, en généralisant des règles applicables à des faits essentiellement variables, devait conduire à des résultats nécessairement contraires à l'équité, se sont peu à peu modifiées; et de la discussion est sorti le Code actuel dont les dispositions, conformes au principe du projet, distinguant avec soin l'époque de la déclaration judiciaire de la faillite de celle de la cessation de payements déterminée par le jugement déclaratif, ne font partir le dessaisissement que de ce jugement; qui n'annulent nécessairement que certains actes, évidemment frauduleux ou contraires au principe d'égalité qui doit faire la loi de tous les créanciers; et qui valident tous les autres actes tant qu'il n'est pas prouvé qu'ils ont été faits de mauvaise foi. Cette combinaison, qui s'éloigne d'une rigueur excessive sans pouvoir encourir le reproche de trop de tolérance, me semble de nature à garantir et à satisfaire tous les intérêts. On a maintenu, il est vrai, dans la loi nouvelle, plutôt par habitude que par réflexion, l'addition du délai de dix jours, malgré son inutilité en présence de la faculté donnée aux juges de fixer rétroactivement la date de la cessation de payements. Mais si c'est un inconvénient, il a peu d'importance: cela prouve seulement

que les auteurs de la loi ne se sont jamais rendu compte du système différent des lois nouvelles et des lois anciennes, et, conséquemment, des causes qui dans l'origine avaient porté le législateur à déterminer un délai antérieur à l'éclat de la faillite, une sorte de report légal, pendant lequel le failli se trouvait atteint d'une incapacité semblable à celle que produisait le fait postérieur de sa faillite.

Entrons maintenant dans le détail des dispositions dont nous venons d'exposer l'ensemble et l'esprit général.

264. Si, après le jugement déclaratif de la faillite, le failli dessaisi de l'administration de ses biens se trouve dans l'impossibilité de nuire à ses créanciers, qui peuvent toujours faire annuler, pour cause d'incapacité, les actes qui leur causent préjudice, on comprend qu'il en est autrement avant le jugement déclaratif, puisque saisi de fait et de droit de l'administration de ses biens, aucune incapacité, proprement dite, ne l'a empêché d'en disposer. Néanmoins, on comprend aussi que, dans le temps intermédiaire à la déclaration de faillite et à la cessation de payements déterminée par le jugement déclaratif, le failli n'est pas dans un état normal; sa faillite aurait pu et dû être déclarée s'il avait lui-même déclaré sa cessation de payements, comme la loi lui en faisait un devoir (1), ou si ses créanciers l'avaient provoquée (2). La cessation de payements dont la date est fixée par le jugement déclaratif, est donc un fait dont il est impossible de ne pas tenir compte, et qui exerce une influence décisive sur la valeur des actes consentis sous l'empire de ce fait. Ce fait vient donner une portée et une force toutes nouvelles à un principe de droit commun qui, par sa combinaison avec un principe

(1) C. com., 438.
(2) C. com., 440.

spécial à la matière des faillites, produit des effets particuliers à cette matière tout exceptionnelle. Le principe de droit commun est celui qui permet aux créanciers de faire annuler les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (1); le principe spécial est celui qui fait passer tous les créanciers d'un failli sous le niveau de l'égalité, et qui ne permet pas à l'un d'eux de faire sa position meilleure aux dépens de celle des autres. De la combinaison de ces deux principes, il résulte que tous les actes passés depuis la cessation de payements peuvent être nuls, relativement à la masse, soit comme faisant fraude aux droits des créanciers, soit comme rompant l'égalité; et que la fraude peut même résulter, suivant les cas, de la seule intention de rompre cette égalité.

265. Il suit de là que le débiteur qui dispose de ses biens mobiliers ou immobiliers, à titre gratuit, après sa cessation de payements (ou dans les dix jours qui la précèdent), diminuant sans aucune compensation le gage de ses créanciers, au moment même où ils vont être obligés d'exercer leurs droits sur ce gage, fait un acte essentiellement frauduleux, puisqu'il favorise des tiers au préjudice de ses créanciers et dans la seule intention de leur nuire. *Nemo liberalis, nisi liberatus.* Tous actes translatifs de propriété mobilière ou immobilière, à titre gratuit, sont donc nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils ont été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque. Telle est la disposition textuelle de l'article 446 du Code de commerce (2).

(1) C. civ., 2167.

(2) Straccha, *De decoct.*, part. 3, n. 9. — *Decoctus, seu decoctioni proximus, nihil agere potest in præjudicium suorum creditorum* (Casaregis, *Disc.* 155, n. 4).

266. Quant aux actes translatifs de propriété mobilière ou immobilière, à titre onéreux, il est évident qu'ils ne sauraient être régis par les mêmes règles, puisque le débiteur recevant une valeur en échange de ce qu'il donne, le contrat n'est pas nécessairement frauduleux pour les créanciers qui peuvent retrouver dans l'actif de leur débiteur l'équivalent de ce qui en est sorti. Et lors même que l'équivalent ne se trouverait plus dans l'actif du débiteur qui l'aurait dissipé, l'acquéreur qui aurait payé dans l'ignorance de la cessation de payements, serait nécessairement protégé par sa bonne foi. C'est ce qu'on avait très bien compris, même dans des temps où la présomption de fraude était admise contre les faillis avec beaucoup plus de rigueur qu'aujourd'hui; et le statut de Florence validait les actes, à titre onéreux, faits sans fraude et selon les usages du commerce, par celui dont la faillite était prochaine (1).

Il en doit être de même aujourd'hui : cela résulte d'abord de l'article 446 du Code de commerce, qui n'annule que les actes translatifs de propriété à titre gratuit; de l'article 447, qui porte que tous actes, à titre onéreux, passés par le débiteur après la cessation de ses payements et avant le jugement déclaratif de faillite, peuvent être annulés si, de la part de ceux qui ont traité avec le débiteur, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de payements (2); et du principe général qui veut que personne ne s'enrichisse aux dépens d'autrui; de telle sorte que lors même qu'il serait prouvé que l'acquéreur avait connaissance de la cessation

---

(1) .... *Valere venditiones, emptiones, permutationes, aliæque alienationes factæ sine fraude, et juxtà mercatorum stilum ab eo qui postea foro cessit* (Casaregis, *Disc.* 75, n. 18).

(2) Sur le point de savoir à qui incombe la preuve de cette connaissance, voy. *inf.*, n. 275.

de payements, l'aliénation devrait être maintenue, si le juste prix s'en trouvait dans l'actif du vendeur; ou, tout au moins, ne pourrait être annulée qu'à la charge, par la masse des créanciers, de restituer le prix d'acquisition.

Il y a même à remarquer sur ce point que la règle de l'article 447, qui annule les actes à titre onéreux lorsque celui avec qui le débiteur a traité avait connaissance de la cessation de payements, ne s'applique qu'aux actes postérieurs à la date de la cessation de payements déterminée par le jugement déclaratif, et non aux actes faits dans les dix jours antérieurs à cette date, puisque les tiers ne pouvaient avoir connaissance d'une cessation de payement qui n'existait pas encore ([1]).

267. Les raisons qui ont fait prononcer la nullité des actes translatifs de propriété, à titre gratuit, passés par le débiteur depuis l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque, déterminent également l'annulation des hypothèques conventionnelles et judiciaires, et de tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués dans le même délai, sur les biens du débiteur, pour dettes antérieurement contractées. Ces droits de préférence accordés à certains créanciers au préjudice de la masse, constituent un avantage sans équivalent, puisque le prêt est déjà fait, et peuvent dès-lors être assimilés à une aliénation à titre gratuit ([2]).

Il suit de là, toujours par les mêmes raisons, que la loi qui permet les aliénations à titre onéreux, postérieurement aux dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, doit permettre également de constituer une hypothèque pour une

---

([1]) C. com., art. 446.
([2]) C. com., 446.

dette postérieure à cette même époque; et, conséquemment, que le failli peut, pendant le même temps, contracter valablement des emprunts. Il n'y a plus, alors, d'aliénation à titre gratuit, puisque les valeurs reçues en échange de l'hypothèque ou du gage profitent à l'actif et le grossissent. Il importerait même peu dans ce cas que le prêteur eût connaissance de l'état des affaires de l'emprunteur. « On n'emprunte, disait très bien M. Renouard à la Chambre des députés, que parce que l'on a besoin d'argent; la possibilité d'une faillite prochaine se présentera naturellement à la pensée de ceux à qui l'emprunteur s'adressera. Si les prêteurs savent qu'en cas de faillite leurs droits périront, ils ne prêteront pas, ou bien ils voudront couvrir leurs risques par des stipulations onéreuses. Un emprunt sur immeubles, fait à propos et à des conditions modérées, est un acte qui peut prévenir une faillite, et contre lequel nul motif n'oblige le législateur à se mettre en défiance. (1). »

268. Quant aux droits d'hypothèque ou de privilège, valablement acquis avant la cessation de payements, ils peuvent être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite (2). Il est manifeste qu'une hypothèque constituée avant la faillite n'en est pas moins acquise quoiqu'elle ne soit pas inscrite. L'inscription n'a pas pour objet l'acquisition de l'hypothèque ou du privilège, mais leur publicité : cette publicité, nécessaire pour que l'hypothèque opère son effet, n'est pas un élément substantiel de son existence. L'inscription, qui n'est que l'exercice d'un droit, ne peut donc être assimilée à la naissance de ce droit. Il est juste des-lors et conforme aux principes qu'elle puisse être acquise tant que le

(1) *Des faillites*, t. I, p. 366.
(2) C. com., art. 448.

jugement déclaratif n'a pas dessaisi le failli de l'administration de ses biens.

Néanmoins on a craint que le créancier auquel une hypothèque aurait été valablement constituée avant la cessation de payements, n'en retardât frauduleusement l'inscription dans le but de laisser au failli un crédit apparent, et de l'aider à tromper les tiers. Pour porter remède à cet inconvénient dont on s'est peut-être exagéré la portée, l'article 448 veut que les inscriptions prises après l'époque de la cessation de payements ou dans les dix jours qui précèdent, puissent être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège, et celle de l'inscription : délai qui doit être augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres de distance entre le lieu où le droit aura été acquis et celui où l'inscription sera prise. Mais, comme on le voit, cette disposition est purement facultative. Les juges auront donc à examiner les causes du retard apporté à l'inscription, et ils ne pourront l'annuler quelqu'intervalle qu'il y ait entre l'époque où elle a été prise et celle où l'hypothèque a été constituée, qu'autant que ce retard serait évidemment frauduleux.

269. Il suit de ce qui précède que la loi maintient, non-seulement les actes qui, en faisant sortir quelque chose de l'actif, y apportent un équivalent; mais encore ceux qui, tout en diminuant le gage de quelques-uns des créanciers, sont la conséquence et la réalisation d'un droit acquis antérieurement. C'est par une distinction analogue qu'on arrive à reconnaître si le débiteur peut faire des payements valables, depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, jusqu'au jugement déclaratif.

Il se présente à cet égard une distinction toute naturelle

entre les dettes échues et les dettes non échues. Une dette échue constitue un droit acquis et ouvert; de telle sorte que si le débiteur qui la paie fait un avantage à l'un de ses créanciers au préjudice de ceux dont la cessation de payements et la faillite prochaine compromettent les droits, on ne peut pas dire que cet avantage soit gratuit ou volontaire. Une dette non échue, au contraire, ne confère aucun droit actuel au créancier : qui a terme ne doit rien. Le payement d'une dette non échue peut donc être assimilée à un avantage purement gratuit et volontaire.

Il suit de là que le payement des dettes échues est valable lorsqu'il est reçu de bonne foi (1); et que le payement des dettes non échues n'est jamais valable, quelle que puisse être d'ailleurs la bonne foi des parties (2).

270. Quant aux dettes non échues, le payement est nul de quelque manière qu'il ait été fait, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, parce que, de quelque manière qu'il ait été fait, il est présumé frauduleux de la part du failli, et que le créancier qui reçoit ce qui ne lui est pas encore dû est difficilement à l'abri de tout reproche. Dans le commerce, payer, quand on ne doit pas encore, n'est pas un signe de solvabilité; celui qui veut ou qui peut payer tout ce qu'il doit n'est pas si libéral; et on doit se tenir en garde contre un payement anticipé, qui, s'il n'est pas une faveur collusoire pour celui à qui il est offert, a pour but de masquer une mauvaise position par les apparences exagérées d'une position meilleure.

Du reste, on ne pourrait considérer comme dette non échue, et dont le payement pût être annulé à raison seu-

---

(1) Voy. *inf.*, n. 275.
(2) C. com., art. 446.

lement du défaut d'échéance, une dette dont le terme est stipulé dans l'intérêt seul du débiteur, et que celui-ci, d'après une convention expresse ou tacite, a la faculté de payer avant le terme pour s'assurer les avantages attachés à ce payement. Ainsi le négociant qui achète, suivant l'usage, des marchandises à terme et qui paye comptant pour bénéficier d'un escompte sur le montant du prix par lui convenu, fait un acte qui n'a en lui-même rien de nécessairement frauduleux. L'escompte est l'équivalent du terme; si l'acheteur veut profiter de l'escompte, il paye sans attendre l'échéance; s'il veut profiter du terme, il paye sans escompte : c'est là une opération commerciale qui, réduite à ses termes simples et naturels, est fort légitime (1).

271. Quant aux dettes échues, le payement peut en être fait en espèces ou en effets de commerce qui équivalent à des espèces (2).

Il n'est pas douteux non plus qu'il ne puisse être fait par compensation lorsque les deux dettes se rencontrent en même temps à échéance, puisque, s'il n'y avait pas compensation, celui qui est à la fois créancier et débiteur du failli se trouverait dans la nécessité fort injuste de payer ce qu'il doit, quand il ne pourrait pas recevoir ce qui lui est dû. La compensation qui a lieu de plein droit est alors du fait de la loi, et non du fait des parties. Il n'y a pas, à vrai dire, payement, mais extinction réciproque des deux dettes (3).

Du reste si le négociant en état de cessation de payements n'était devenu débiteur de son créancier que depuis la ces-

---

(1) M. Lainné, *Des faillites*, p. 64.

(2) C. com., 446.

(3) C. civ., 1290. — M. Pardessus, n. 1127. Je reviendrai plus tard sur les effets de la compensation en matière de faillite. Voy. t. IV, liv. v. tit. 1er, ch. 5.

sation de payements, on comprend que la dette qu'il a contractée pourrait être facilement considérée comme frauduleuse, tenue pour nulle, et que, dans ce cas, la compensation ne pourrait pas s'opérer. Cette règle peut recevoir une application fréquente en matière de compte courant, sorte de contrat commercial dans lequel la compensation joue un grand rôle, et sur lequel je me réserve d'entrer ultérieurement dans des développements plus étendus ([1]).

272. Il faut observer quant au payement des dettes échues que l'article 446 du Code de commerce, ne permet de le faire qu'en espèce ou effets de commerce, ce qui exclut la faculté de payer en meubles meublants, en marchandises ou en immeubles. Il résulte même de la discussion qui a précédé l'adoption de cet article, que le législateur s'est principalement proposé d'empêcher les payements en marchandises. On a prétendu qu'un payement en marchandises accepté par le créancier était un indice de mauvaise foi de sa part, parcequ'il lui révélait la connaissance du fait de la cessation de payements. Il peut y avoir quelque chose de vrai dans cette considération, mais je crois qu'on est allé trop loin, en défendant d'une manière absolue les payements en marchandises qui ne sont pas toujours nécessairement frauduleux, et qui sont assurément moins préjudiciables à la masse que des payements en espèces ou en effets. Il vaut mieux pour les créanciers trouver de l'argent en caisse ou des valeurs en portefeuille, avec des magasins dégarnis, que de se voir sans argent ni valeurs au milieu de marchandises dont la faillite peut retarder l'écoulement et qu'il faudra peut être vendre au rabais et avec perte ([2]).

([1]) Voy. *ibid.* Voy. aussi *sup.*, n. 239.
([2]) M. Lainné, p. 64.

273. Nous venons de voir que celui qui est en état de cessation de payements ne peut disposer de ses biens à titre gratuit, mais qu'il peut en disposer à titre onéreux; qu'il ne peut conférer une hypothèque ou un privilège pour une dette antérieurement contractée, mais qu'il peut contracter une dette nouvelle, et garantir cette dette par une hypothèque ou un privilège; que les privilèges et hypothèques constitués avant la cessation de payements sont valablement inscrits après, et jusqu'au jour du jugement déclaratif; enfin que le failli ne peut payer les dettes non échues de quelque manière que ce soit, mais qu'il peut payer les dettes échues avec l'argent de sa caisse, ou les valeurs de son portefeuille. Le débiteur en état de cessation de payements peut donc, sauf les exceptions qui précèdent, faire toutes sortes d'actes d'aliénation ou d'administration; et jusqu'au moment déclaratif de sa faillite, il reste à la tête de ses affaires.

274. Cependant les créanciers ne sont pas désarmés, et les actes qu'il lui est permis de faire même après la cessation de payements peuvent être attaqués par eux comme faits en fraude de leurs droits, par application du principe général consacré par l'article 1167 du Code civil. Cette exception qui appartient aux créanciers, d'après le droit commun, pour les actes antérieurs à la cessation de payements ([1]), ne peut leur échapper pour les actes postérieurs qui ne sauraient se trouver dans une position plus favorable. Mais, dans un cas comme dans l'autre, c'est aux créanciers à prouver la fraude qui ne se présume jamais.

275. Outre l'articulation de fraude qui est permise, aux

([1]) *Et quamvis per leges sive statuta hujus emporii sint nulli ii omnes actus, sive contractus, qui fiant decem diebus antè decoctionem, non ideo sancitum est eos valere, qui celebrantur antè prædictos dies decem; circa enim istorum validitatem standum est dispositioni juris communis* (Casaregis, *Disc.* 57, n. 11).

termes du droit commun, contre les actes faits par le débiteur postérieurement à sa cessation de payements, il est un cas de fraude particulier à ces actes, qui n'est un cas de fraude qu'à raison de l'imminence de la faillite et qui peut suffire à lui seul pour les faire annuler. L'article 447 du Code de commerce porte : « Tous autres payements faits par le débiteur pour dettes échues, et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses payements et avant le jugement déclaratif de la faillite, pourront être annulés, si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses payements. »

Ainsi, tous les contrats à titre onéreux, quels qu'ils soient, tous les payements pour dettes échues, en un mot, tous les actes faits par le débiteur et valables en eux-mêmes, soit parce qu'ils ne sont que l'exercice des droits dont le failli n'est pas dépouillé, soit parce qu'ils ne sont pas atteints par les dispositions prohibitives de l'article 446, peuvent être considérés comme frauduleux, par cela seul que celui qui a traité avec le débiteur avait connaissance de la cessation de payements; de telle sorte qu'en l'absence de tous autres faits caractéristiques de la fraude, la cessation de payements suffit pour que les juges puissent en conclure que l'acte est frauduleux, et en prononcer la nullité.

Mais il faut bien remarquer que si la connaissance de la cessation de payements peut prouver la fraude, elle ne la prouve pas nécessairement. Les juges ont sur ce point un pouvoir discrétionnaire qu'il est impossible de leur contester en présence des termes formels de l'article 447 (1).

Il faut remarquer de plus que la connaissance de la cessa-

(1) Cass., 12 février 1844. Dev. et Car., 44, 1, 219.

tion de payements n'étant qu'un élément de la fraude, et la fraude ne se présumant jamais, c'est aux créanciers qui articulent cette connaissance à en administrer la preuve ([1]).

276. Du reste, les règles qui précèdent sur les effets de la connaissance de la cessation de payements de la part de celui qui a reçu le payement d'une dette échue, se modifient quand la dette a pour cause une lettre de change ou un billet à ordre. Dans ce cas, le tiers-porteur de l'effet n'est pas soumis à rapporter le payement qu'il a reçu, quelque connaissance qu'il puisse avoir de la cessation de payements. Le rapport, dans ce cas, doit être demandé, s'il s'agit d'une lettre de change, à celui pour le compte duquel elle a été tirée, c'est-à-dire au tireur ou au donneur d'ordre; et s'il s'agit d'un billet à ordre, au premier endosseur, à la charge de prouver qu'ils avaient connaissance de la cessation de payements à l'époque de l'émission du titre. Telle est la disposition de l'article 449 du Code de commerce, dont M. Tripier exposait ainsi les motifs à la Chambre des pairs : « Lorsqu'une somme aura été illégalement payée par le débiteur postérieurement à sa faillite, elle devra être rapportée à la masse par le créancier qui l'aura reçue : voilà la règle générale. Cette obligation devra-t-elle s'étendre aux tiers-porteurs des effets de commerce? Ces titres sont une sorte de monnaie dont il ne faut pas altérer la valeur. Les porteurs, à l'échéance, sont dans la nécessité de recevoir le payement ou de faire constater le refus par un protêt; si le payement est effectué, le protêt ne peut être fait, et sans le protêt, pas de recours contre le tireur et les endosseurs. On ne pourrait sans injustice admettre une règle qui leur enleverait en même temps les valeurs qu'ils ont reçues et leur recours contre les endosseurs.

([1]) M. Renouard, t. I, p. 371.

Ils ont été dans la nécessité de recevoir : ils conserveront le payement; mais il a été reçu à la décharge d'un précédent obligé : ce sera contre celui-ci que l'action en rapport devra être exercée. »

Il y a sans doute quelque chose de vrai dans ces considérations, en ce sens que le tiers-porteur, qui est payé et qui ne peut par conséquent protester, ne doit pas être privé à la fois et de son recours contre les précédents endosseurs, et de la somme qu'il a reçue, et qu'il ne pouvait pas se dispenser de recevoir. Mais peut-être y avait-il, pour arriver à le rétablir dans une position normale, un meilleur moyen que celui auquel on a cru devoir s'arrêter : c'était de décider que le jugement qui aurait condamné un tiers-porteur à rembourser pour avoir reçu, lorsqu'il avait connaissance de la cessation de payements, lui tiendrait lieu de protêt pour recourir contre ses garants. Par ce moyen, on aurait accordé aux tiers-porteurs et à la masse tout ce à quoi ils avaient légitimement droit; tandis que, dans l'état de choses préparé par l'article 449, le droit accordé à la masse de recourir contre celui pour le compte duquel la lettre de change a été fournie ou contre le premier endosseur d'un billet à ordre, sera presque toujours illusoire, puisqu'il faut prouver, pour que le rapport ait lieu, que celui à qui il est demandé avait connaissance de la cessation de payements au moment de l'émission du titre, et que le plus ordinairement, à moins qu'il ne s'agisse d'une cessation de payements reportée à une époque très antérieure au jugement déclaratif, la date de l'émission du titre sera elle-même antérieure à celle de la cessation de payements.

Il ne faut pas perdre de vue d'ailleurs que cette disposition exceptionnelle est spéciale au cas particulier de fraude résultant uniquement de la connaissance de la cessation de

payements; et que si le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre avait employé des moyens frauduleux pour se faire payer au préjudice des autres créanciers, c'est à lui que le rapport devrait être demandé. Il n'y aurait plus alors à se préoccuper du dommage que peut lui causer le défaut de protêt, puisque c'est à lui qu'il devrait s'en prendre d'avoir compromis ses droits en se faisant faire un payement qui, en le mettant dans l'impossibilité de protester, lui a fait perdre son recours contre ses garants.

277. Là se termine ce que j'avais à dire sur la capacité du failli, ou sur la validité des actes par lui faits en état de faillite. Pour compléter ce qui regarde cette position exceptionnelle de la personne du débiteur, il me reste à donner quelques notions sur l'administration de la faillite, et sur les circonstances qui rétablissent le débiteur dans la plénitude de ses droits.

—

§ III. — *De l'administration de la faillite.*

SOMMAIRE. — 278. Des syndics et du juge-commissaire. Fonctions du juge-commissaire. — 279. Nomination des syndics. — 280. Indemnité à laquelle ils ont droit. — 281. Leurs fonctions, tant comme administrateurs que comme représentants du failli et de ses créanciers. — 282. Comment sont-ils tenus des dépens auxquels ils sont condamnés comme représentants de la masse.

278. Tout incapable a besoin d'un représentant qui fasse pour lui les choses qu'il est incapable de faire; le mineur et l'interdit ont des tuteurs, le mineur émancipé un curateur, le prodigue un conseil : le failli a des syndics.

Mais tandis que le tuteur ou le curateur nommés aux incapables ordinaires, ont, dans presque tous les cas, outre l'administration des biens de l'incapable, la surveillance de sa personne, les syndics d'un failli, n'ont que l'administration des biens dont la faillite le dessaisit, et restent sans pouvoirs, soit

sur ses autres biens, soit sur sa personne (1). Ils remplissent en quelque sorte l'office d'un curateur aux biens d'un absent auquel on les a quelquefois assimilés (2).

Et même en ce qui touche l'administration des biens, les syndics n'exercent leurs fonctions que sous la surveillance d'un juge-commissaire.

Ce juge-commissaire, qui est choisi parmi les membres du tribunal de commerce, est nommé, ainsi que les syndics, par le jugement même qui déclare la faillite (3). Il convoque aussitôt les créanciers pour procéder à la nomination de nouveaux syndics dans le cas où ils n'approuveraient pas les choix faits par le tribunal. Aucune forme particulière n'est prescrite pour cette convocation, qui peut par conséquent être faite par lettres, par affiches ou par annonces insérées dans les journaux.

279. Les syndics confirmés ou nommés dans cette assemblée ne peuvent être révoqués que par le tribunal, soit d'office, soit sur la réclamation des créanciers, après avoir entendu le rapport du juge-commissaire, et les explications des syndics dont la révocation est demandée (4).

Le nombre des syndics peut être à toute époque porté jusqu'à trois. Lorsqu'il y a lieu de procéder à l'adjonction d'un ou plusieurs syndics, il en est référé par le juge-commissaire au tribunal de commerce, qui nomme ces nouveaux

---

(1) *Et hujus curatoris officium circa bonorum distractionem versatur et omnia alia sine quibus distractio seu venditio fieri non potest* (Straccha, *De decoct.*, part. 7, n. 7).

(2) *Decoctus habetur pro absente*, dit Roccus, *prout debitor latitam habetur pro absente, et ne creditores defatigentur ad litigandum contrà decoctum in alieno territorio, providendum est curatore* (*De decoct.*, note 4, n. 14).

(3) C. com., 451.

(4) C. com., 467.

syndics sur lesquels, comme lorsqu'il s'agit des syndics nommés dès le début de la faillite, on consulte l'assemblée des créanciers ([1]).

Les syndics peuvent être choisis, soit parmi les créanciers, soit parmi les personnes étrangères à la masse ([2]). Rien ne s'oppose même à ce que la même personne soit chargée à la fois de l'administration de plusieurs faillites. Une disposition prohibitive que contenait sur ce point l'ancien Code de commerce n'a pas été reproduite par le nouveau, ce qui permet de confier la gestion des faillites à des individus que l'habitude de ce genre d'affaires rend plus propres que d'autres à les conduire à bonne fin. Il n'y a d'exclusion que pour les parents ou alliés du failli jusqu'au quatrième degré inclusivement ([3]).

280. Les syndics, quelle que soit leur qualité, créanciers ou étrangers à la masse, peuvent recevoir, après avoir rendu compte de leur gestion, une indemnité que le tribunal arbitre sur le rapport du juge-commissaire.

281. Les fonctions de syndics consistent non-seulement à administrer les biens de la faillite, et à représenter le failli dans les actions intentées contre lui, mais encore à faire, dans l'intérêt de la masse des créanciers, la liquidation de la faillite et la répartition de l'actif, et à représenter cette masse en justice dans les actions qui l'intéressent. Il suit de là qu'ils sont à la fois mandataires et représentants du failli et des créanciers. Ces doubles fonctions se concilient fort bien lorsque la masse et le failli ont un seul et même intérêt. Mais lorsque le failli et la masse ont un intérêt contraire, les

---

([1]) C. com., 462, 464.
([2]) C. com., 462.
([3]) C. com., 463.

syndics, tout en conservant l'administration et la gestion de la faillite, ne peuvent plus en justice représenter que la masse. C'est ainsi que le failli peut seul plaider contre les syndics représentant la masse, soit pour faire rapporter le jugement déclaratif de la faillite, soit pour faire changer la date de la cessation de payements ([1]).

Par une raison analogue, lorsqu'un créancier plaide contre la masse, les syndics ne représentant que la masse; et lorsque deux créanciers plaident l'un contre l'autre, dans un intérêt particulier et pour se disputer un droit de préférence, les syndics ne représentent ni l'un ni l'autre ([2]).

Au surplus, de ce que les syndics représentent le failli, il suit qu'ils ne peuvent exercer que les actions que le failli lui-même pourrait exercer, s'il avait la libre administration de ses droits et de ses actions; de telle sorte qu'ils ne pourraient pas attaquer par tierce-opposition au nom des créanciers des jugements régulièrement rendus contre la faillite ([3]).

282. Ajoutons en terminant, que les syndics ne sont point responsables personnellement des condamnations prononcées contre la masse, pas plus que du payement et des frais dus aux officiers ministériels qu'ils ont chargé d'occuper dans les instances intéressant la faillite. Ils ne supportent ces condamnations ou ces frais que pour leur part et portion, s'ils sont créanciers de la faillite ([4]).

([1]) C. com., 580, 581.
([2]) Cass., 5 mai 1843 (Dev. et Car., 43, 1, 369).
([3]) M. Pardessus, n. 1177.
([4]) 24 août 1843 (Dev. et Car., 43, 1, 757).

§ IV. — *Quand cessent les effets de la faillite.*

SOMMAIRE. — 283. Du concordat; ses effets sur la capacité du failli. — 284. De l'union; ses effets généraux. — 285. Ses effets relativement à la contrainte par corps. — 286. De la réhabilitation.

283. Diverses causes mettent fin à l'état de faillite, d'une manière plus ou moins complète.

La première de ces causes est le concordat ou traité que le failli fait avec ses créanciers, soit pour obtenir des termes de payements, soit pour obtenir des remises sur le montant de leurs créances (1). Aussitôt après que le jugement d'homologation du concordat est passé en force de chose jugée, les fonctions des syndics cessent; ils rendent leur compte définitif au failli en présence du juge-commissaire, et lui remettent l'universalité de ses biens, livres, papiers et effets dont il leur donne décharge (2).

Le concordat fait donc cesser le dessaisissement, et par suite toutes les conséquences du dessaisissement, de telle sorte que le failli se trouve rétabli dans la plénitude de la capacité que ce dessaisissement lui avait fait perdre; tellement que, si plus tard le concordat vient à être annulé pour cause de dol et de fraude (3); ou résolu pour inexécution des obligations qu'il avait imposées au débiteur (4), ce qui produit la réouverture de la faillite, les actes faits par le failli, postérieurement au jugement d'homologation et antérieurement à l'annulation ou à la résolution du concordat, ne peuvent plus être annulés qu'en vertu du principe général qui permet aux créanciers d'attaquer en leur nom personnel

(1) C. com., art. 507 et suiv. Voy. *inf.*, liv. v, tit. 1er, ch. 5.
(2) C. com., 519.
(3) C. com., 518 et 520.
(4) C. com., 520.

les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits [1]. Néanmoins, il ne faudrait pas conclure de là que les actes faits entre l'homologation du concordat et la réouverture de la faillite ne pussent pas être annulés pour les mêmes causes que celles qui, avant l'ouverture de la faillite, annulent les actes faits postérieurement à la date fixée pour la cessation de payements. Seulement, dans le cas de réouverture de la faillite par suite de la résolution ou de l'annulation du concordat, les diverses causes de nullité, énumérées plus haut dans le § 2, ne sont plus des causes nécessaires de nullité, mais des éléments de la fraude qui serait articulée par les créanciers, et dont les juges auraient à tenir compte suivant les circonstances [2].

284. S'il n'intervient pas de concordat, les créanciers se trouvent de plein droit en état d'union, c'est-à-dire unis dans le but de diriger de concert contre le failli les poursuites nécessaires pour arriver à la réalisation de l'actif et au payement de leurs créances. Lorsque les syndics ont terminé cette liquidation, distribué aux créanciers toutes les valeurs de l'actif, et qu'il n'y a plus rien à administrer, plus de valeurs à faire rentrer, plus de deniers à répartir, l'union devient sans objet. Alors les syndics convoquent les créanciers, leur rendent compte de leur gestion, et aussitôt après la clôture de cette assemblée, l'union est dissoute de plein droit [3]. Alors cesse également le dessaisissement du failli. Tous les biens, tous les droits qui lui appartenaient au moment de sa faillite, ou qui lui sont échus depuis ont été dévolus à ses créanciers. L'union a duré tant qu'il lui est resté quelque

---

(1) C. civ., 1167; C. com., 526.
(2) M. Renouard, t. II, p. 111.
(3) C. com., 537.

chose; elle s'est dissoute faute d'aliment : à quoi bon, dès-lors, un dessaisissement qui continuerait de placer inutilement le failli dans une position exceptionnelle.

285. Le dessaisissement cessant avec l'union, les créanciers non complètement désintéressés rentrent contre le failli dans l'exercice de leurs actions individuelles. Cependant il est à remarquer que, si dans l'assemblée qui précède la clôture de l'union, le failli a été reconnu excusable, et si cette excusabilité est ensuite déclarée par le tribunal, les créanciers ne peuvent plus poursuivre le débiteur que sur ses biens, et non sur sa personne, qui demeure affranchie de la contrainte par corps. Dans le cas contraire, ils conservent action et sur ses biens et sur sa personne (1).

286. Néanmoins le concordat et la dissolution de l'union ne rendent pas au failli les droits civils ou politiques dont on a déjà vu l'énumération (2). Il faut, de plus, qu'il soit réhabilité par jugement, c'est-à-dire rétabli dans les droits qu'il a perdus. Le failli peut être réhabilité lorsqu'il a intégralement payé les sommes par lui dues en principal, intérêts et frais, sans déduction des remises qu'il aurait obtenues par un concordat. La réhabilitation est prononcée par la cour royale dans le ressort de laquelle le failli est domicilié. Les stellionataires, les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour fait de vol, d'escroquerie ou d'abus de confiance, les personnes comptables, tels que les tuteurs, administrateurs ou dépositaires qui n'ont pas rendu ou soldé leurs comptes, n'y sont pas admises (3).

---

(1) C. com., 437, 438, 439.
(2) V. *sup.*, n. 254 et suiv.
(3) C. com., 604 et suiv.

SECTION III. — DE LA BANQUEROUTE.

SOMMAIRE. — 287. Des effets de la faillite dans l'ordre criminel. — 288. Distinction entre la banqueroute et la faillite.— 289. Ce que c'est que la banqueroute. Banqueroute simple, banqueroute frauduleuse.— 290. Deux sortes de banqueroute simple. — 291. Juge compétent et peines de la banqueroute simple. — 292. De la banqueroute frauduleuse. Compétence. Peines. — 293. Les poursuites en banqueroute peuvent être intentées sans déclaration préalable de faillite.— 294. Administration de la faillite en cas de banqueroute.— 295. Conclusion.

287. Jusqu'ici nous avons examiné la faillite et le failli sous un point de vue exclusivement civil, c'est-à-dire sous le rapport des effets purement civils que la faillite produit relativement à la personne et aux biens du failli. Il nous reste maintenant à jeter un coup d'œil sur les effets de la faillite dans l'ordre criminel.

288. On l'a vu au commencement de ce chapitre : la faillite peut être le résultat du malheur, de l'imprudence ou de la fraude. De là deux sortes de faillites : celles où le débiteur n'a aucune faute à se reprocher, et celles où il a à se reprocher des fautes plus ou moins graves. Cette distinction a été admise de tout temps, quoiqu'elle n'ait pas été toujours aussi clairement formulée qu'aujourd'hui ; et Straccha, dans les ouvrages duquel on retrouve l'expression des opinions juridiques d'une époque et d'un pays où le droit commercial avait fait tant de progrès, voit trois espèces de faillis dans celui qui est malheureux, dans celui qui est coupable, et dans celui qui est à la fois malheureux et coupable : *Tria decoctorum esse genera ; primum illorum qui fortunæ vitio decoquunt ; secundum illorum qui suo vitio conturbant fortunas et rationes ; et illud tertium qui partim suo, partim fortunæ vitio foro cesserunt.* Ceux qui étaient coupables étaient affligés de peines corporelles; ceux qui n'étaient que malheureux n'avaient de compte à régler qu'avec la justice civile : *Si quem*

fortunæ vitio decoxisse evidenter constiterit, ex crimine agi non potest; nullum enim crimen admisit decoctor... Omni corporali cruciatu remoto, civiliter igitur agendum est (1).

Le malheur, c'est la *faillite;* la faute, c'est la *banqueroute.* Néanmoins ces deux mots ont eu longtemps la même signification légale (2).

289. Aujourd'hui la banqueroute est l'état du commerçant failli auquel on peut reprocher des faits de négligence, d'imprudence, d'inconduite ou de fraude. Mais comme il y a nécessairement plusieurs degrés de criminalité dans ces différentes sortes de fautes, et qu'on ne saurait placer sur la même ligne la négligence ou l'imprudence et la fraude, la loi admet deux sortes de banqueroutes : la banqueroute simple, qui est le résultat de la négligence ou de l'imprudence, et la banqueroute frauduleuse dont le nom indique suffisamment le caractère des faits qui la produisent.

290. Et même comme les faits de négligence et d'imprudence peuvent ne pas revêtir, dans tous les cas, un caractère également criminel, la loi distingue encore, entre ces faits, ceux qui entraînent nécessairement la déclaration de banqueroute de ceux qui permettent seulement aux juges de la déclarer.

Aux termes de l'article 585 du Code de commerce, doit être déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouvera dans un des cas suivants : 1° Si ses dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives; 2° s'il a consommé de fortes sommes, soit à des opérations de pur hasard, soit à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises; 3° si, dans l'intention de retarder sa

(1) Straccha, *De decoct.*, part. 7, n. 1 et suiv.
(2) Boutaric, sur l'art. 1 du tit. 2 de l'ord. de 1673.

faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulation d'effets ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds: 4° si, après cessation de ses payements, il a payé un créancier au préjudice de la masse.

Et, aux termes de l'article 586 du même Code, peut être déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouve dans un des cas suivants : 1° S'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables, eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés; 2° s'il est de nouveau déclaré en faillite sans avoir satisfait aux obligations d'un précédent concordat; 3° si, étant marié sous le régime dotal ou séparé de biens, il ne s'est pas conformé aux articles 9 et 70 du Code de commerce sur l'affiche et la publication de son contrat de mariage (1); 4° si, dans les trois jours de la cessation de payements, il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les articles 438 et 439 du Code de commerce (2), ou si cette déclaration ne contient pas les noms de tous les associés solidaires; 5° si, sans empêchement légitime, il ne s'est pas présenté en personne aux syndics dans les cas ou dans les délais fixés, ou si, après avoir obtenu un sauf-conduit, il ne s'est pas représenté à la justice; 6° s'il n'a pas tenu de livres et fait exactement inventaire; si ses livres ou inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active et passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude.

291. Les cas de banqueroutes simples sont jugés par les tribunaux de police correctionnelle, sur la demande des syn-

---

(1) V. *sup.*, n. 64.
(2) V. *sup.*, n. 209.

dics, ou sur celle de tout créancier du failli, ou sur la poursuite d'office qui est faite par le ministère public. Les coupables sont punis d'un emprisonnement d'un an au moins, et de deux ans au plus [1].

292. La banqueroute frauduleuse est l'état du commerçant failli auquel on peut reprocher des faits de fraude qui dénotent l'intention de porter préjudice à ses créanciers. En conséquence, aux termes de l'article 591, doit être déclaré banqueroutier frauduleux, tout commerçant failli qui a soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son actif, ou qui, soit dans ses écritures, soit par son bilan, s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas.

Il résulte de cet article que les faits de fraude caractérisent nécessairement la banqueroute frauduleuse, tandis que, en matière de banqueroute simple, les faits de négligence ou d'imprudence n'ont pas tous pour conséquence nécessaire la déclaration de banqueroute.

Les banqueroutiers frauduleux sont traduits devant la Cour d'assises, sur la poursuite du ministère public, intentée d'office ou d'après la dénonciation des créanciers. Ils sont punis des travaux forcés à temps [2].

293. Il est à remarquer, au surplus, qu'il n'est pas nécessaire, pour que des poursuites en banqueroute simple ou frauduleuse soient intentées contre un commerçant, qu'il ait été préalablement déclaré en état de faillite. La poursuite et la répression des délits ne peut dépendre des actes et des jugements intervenus au civil. C'est un point que j'ai déjà

---

(1) C. com., 584; c. pén. 402.
(2) C. com., 592; c. pén. 402.

eu l'occasion d'examiner et sur lequel il est inutile de revenir ici (1).

294. Dans tous les cas de poursuite et de condamnation en banqueroute simple ou en banqueroute frauduleuse, les actions civiles, autres que celles en restitution et en dommages-intérêts contre les complices, restent séparées de l'action publique; et toutes les dispositions relatives aux biens, prescrites par la faillite, sont exécutées sans qu'elles puissent être attribuées aux tribunaux criminels, ni attirées ou évoquées par eux. Cependant, les syndics de la faillite sont tenus de remettre au procureur du roi toutes les pièces, titres, papiers et renseignements qui leur seront demandés. Les pièces, titres et papiers délivrés par les syndics sont, pendant le cours de l'instruction, tenus en état de communication par la voie du greffe; cette communication a lieu sur la réquisition des syndics qui peuvent y prendre des extraits privés, ou en requérir d'authentiques qui leur sont expédiés par le greffier. Ces pièces, titres et papiers, sont, après le jugement, remis aux syndics qui en donnent décharge, sauf néanmoins les pièces dont le jugement ordonnerait le dépôt judiciaire (2).

295. Je m'arrête. Ces courtes indications doivent suffire pour mettre sur la voie des difficultés qui naissent de la matière, et dont l'axamen sortirait de mon sujet. Je me suis uniquement proposé, en exposant les notions qui précèdent, de compléter le tableau de la position exceptionnelle dans laquelle la faillite place la personne du débiteur, mais non d'approfondir des questions qui, touchant d'un côté au droit

---

(1) V. *sup.*, n. 215.
(2) C. com., 601 et suiv.

civil, rentrent cependant plus particulièrement dans le droit criminel.

CHAPITRE VI.

DES JUIFS.

SOMMAIRE.— 296. Histoire de l'état des Juifs. — 297. Leur état à Rome. — 298. ... En France, sous les deux premières races.—299... Sous la troisième race.— 300. Leur bannissement définitif sous Charles VI.— 301. Leur établissement dans le midi de la France, en Lorraine et en Alsace. — 302. Changements opérés dans l'état des Juifs sous l'Assemblée constituante. — 303. Mesures dont ils furent l'objet sous l'Empire.— 304. Décret du 17 mars 1808.— 305. Ce décret a cessé d'avoir aucun effet à partir de 1818.— 306. État actuel des Juifs.— 307. Du serment des Juifs ; en quelle forme ils doivent le prêter en justice.— 308. Le serment prêté par un juif est valable, si ni le Juif ni la partie adverse n'ont demandé qu'il fût prêté en une forme particulière.— 309. Peut-on imposer aux Juifs l'obligation de prêter le serment *more judaico?* — 310. Un Juif peut-il être admis par sa demande à prêter serment *more judaico?* — 311. Résumé.— Transition au titre suivant.

296. C'est ici un chapitre rétrospectif : aujourd'hui la capacité des juifs est, en France, la même que celle des autres Français, s'ils sont Français, ou des sujets de la nation à laquelle ils appartiennent, s'ils sont étrangers. Mais nous sommes encore si près de l'époque à laquelle ils étaient régis par des lois particulières, quant à leur capacité civile et commerciale, qu'il n'est pas sans intérêt, ni peut-être sans utilité, de jeter un regard en arrière sur la position que leur avait faite un concours de circonstances uniques dans l'histoire.

Il ne saurait entrer dans le plan que je me suis tracé de rechercher et d'approfondir les causes historiques qui ont, pendant tant de siècles, maintenu l'individualité du caractère juif. Cependant, je crois qu'on peut affirmer sans crainte de se tromper que la cause principale, sinon la cause unique, des mœurs particulières, des habitudes, en un mot, de tout ce qui forme le caractère propre et distinctif des juifs considérés en

masse ou individuellement, vient de la différence qui existait en tous lieux entre le droit commun des nationaux et le droit exceptionnel auquel on a soumis les juifs. Au lieu de se confondre avec les peuples chez lesquels ils cherchaient un refuge, persécutés, humiliés, retranchés de la société commune, les juifs ont conservé une individualité qui leur était imprimée moins par l'observance de leurs anciens préceptes religieux, que par la condition nouvelle dans laquelle ils étaient forcés de vivre. Ce qui prouve la réalité de cette cause, c'est que les traits saillants de leur caractère s'effacent aujourd'hui dans tous les lieux où la législation assimile aux autres nationaux les individus qui suivent la religion de Moïse.

297. La barrière que la Passion de Jésus-Christ élevait entre les juifs et les chrétiens, a été sans doute une des causes principales de la répulsion qu'ils inspirèrent, et des mesures dans lesquelles elle se traduisit. Mais dans l'origine et sous les empereurs payens, les rigueurs dont ils furent l'objet eurent un caractère exclusivement politique; et même ces rigueurs furent de courte durée, car les empereurs Sévère et Antonin les assimilèrent aux citoyens romains, et les déclarèrent capables de remplir des fonctions publiques, en ne leur imposant d'autres charges que celles qui ne blessaient par leurs croyances (1). Les cérémonies de leur culte et quelques-unes des pratiques auxquelles on les astreignait, faisaient bien l'objet de certaines railleries, à tel point qu'ils

---

(1) *Eis qui judaïcam superstitionem sequantur, Divi Severus et Antoninus honores adipsci permiserunt, sed et necessitates eis imposuerunt quæ superstitionem earum non læderent.* L. 3, § 3, *ff. De decurionibus.* Des interprètes ont prétendu que cette loi concernait non pas les juifs mais les chrétiens. Cette opinion est contraire au texte. Voy., sur ce point, Godefroy, *Ad hanc legem.*

cherchaient à en dissimuler l'observance (1); mais ces railleries n'avaient rien de cruel, et ils jouirent des privilèges que leur avaient accordés les empereurs jusqu'au règne de Constantin.

A partir de cette époque, la ligne de démarcation entre les juifs et les chrétiens se dessina, et ils commencèrent à être traités moins favorablement, quoique avec humanité, puisqu'ils ne furent pas encore exclus de tous les honneurs (2); ce qui fait dire avec raison à l'un de leurs historiens, que la possession tranquille de ces droits et de ces libertés pendant plus de quatre siècles est une preuve certaine qu'ils ne s'en étaient pas rendus indignes (3). Mais sous Justinien, tout changea. Ce prince, évidemment guidé par des idées religieuses, leur enleva tous les droits attachés à la qualité de citoyens dont il leur laissa toutes les charges : *Compleant corporalia et pecuniaria numera, et nulla ab his eripiat eos lex : honore verò fruantur nullo, sed sint in turpitudine fortunæ, in quâ et animam volunt esse.* Tels sont les termes de la novelle 45, dans laquelle se trouvent, pour la première fois, les dénominations injurieuses et méprisantes dont plus tard on prit l'habitude de se servir en parlant des juifs : *Respuendos homines quos nondum hactenus recta et immaculata fides illuxit, sed in tenebris sedent, animis vera non sentientes sacramenta.....*

---

(1) C'est ce que nous apprend une épigramme de Martial que je ne me permets pas de reproduire ici (Liv. VII, épigr. 81).

(2) Depping, *Les Juifs dans le moyen-âge*, p. 12 et suiv. — *Sanè judæis liberalibus studiis institutis exercendæ advocationis non intercludimus libertatem, et uti eos curialium munerum honore permittimus, quam prærogativâ natalium et splendore familiæ sortiuntur. Cod. Theod., de Judæis*, L. 54. — *Cod. Just.*, lib. I, tit. 9, *De Judæis.*

(3) Dohen, *De la réforme politique des Juifs.*

298. En France, sous les deux premières races, ils furent traités tantôt bien, tantôt mal, suivant les temps et les lieux; mais à ces différentes époques ils n'y furent jamais persécutés comme en Espagne sous la domination des Visigoths (1). C'est ainsi que le concile de Paris, en 615, les déclarait inhabiles à remplir les emplois civils, tandis que bientôt après, sous le règne de Charlemagne et de Louis-le-Débonnaire, ils jouirent de plus de liberté qu'ils n'en avaient eu jusqu'alors et qu'ils n'en eurent depuis (2).

299. Mais sous les règnes suivants, on leur retira peu à peu leurs privilèges, on leur infligea des outrages publics. Les persécutions augmentèrent et prirent un caractère plus général sous la troisième race. Il y avait cependant des intermittences, et sous le règne de Philippe-Auguste, ils étaient riches, nombreux et presque considérés, lorsque tout à coup, en 1181, ils furent bannis du royaume, leurs biens confisqués, leurs créances éteintes, sauf le cinquième dont le roi se réservait la propriété. On leur reprochait surtout de prêter aux églises et aux monastères en prenant pour gages des objets sacrés qu'ils profanaient (3). C'est là le premier exemple d'une mesure qui se renouvela plus d'une fois dans la suite.

Cependant le décret de bannissement ne s'exécuta pas rigoureusement; peut-être fut-il révoqué sur les instances des seigneurs et des barons auxquels les juifs payaient un tribut considérable pour résider sur leurs terres. On prétend même qu'ils payèrent au roi quinze mille marcs d'argent pour obtenir l'inexécution de l'ordre qui les expulsait.

---

(1) *Lex Visigoth*, lib. XII, tit. 2, l. 5 et 6; tit. 3, l. 5 et 8.

(2) Depping, p. 43 et suiv.

(3) On disait aussi que chaque Vendredi-Saint ils tuaient un enfant dans leurs caves.

Ces tribulations ne furent que le prélude des outrages et des persécutions qui les attendaient dans les siècles suivants. Depuis longtemps, isolés au milieu de la société chrétienne, n'osant former des établissements fixes qui excitaient la haine et l'envie des ennemis au milieu desquels ils vivaient, la force des choses, plus peut-être que leur penchant naturel, les jeta dans le commerce de l'argent dont ils furent en quelque sorte les inventeurs. Et comme en prêtant ils couraient le risque de perdre leur capital, soit par la confiscation, soit par les abus de pouvoir; que d'ailleurs l'argent était rare, et qu'ils n'avaient aucuns motifs pour traiter favorablement des chrétiens qui les méprisaient et qui les vexaient, il était assez naturel qu'ils ne prêtassent qu'à gros intérêts. De là leur fortune; mais aussi de là leur perte.

« La liberté dont la nation hébraïque avait joui sous les empereurs francs, dit un de leurs historiens [1], était depuis longtemps anéantie. A l'exception des provinces du midi, où les rois de France n'avaient pas de pouvoir, elle n'avait pas le droit de posséder librement des terres; bien au contraire on la soumettait à la dime, et elle était traitée presque comme elle l'avait été sous les Pharaons en Égypte; les juifs étaient tombés dans la servitude féodale qui les rendait *main-mortables et justiciables de corps et de chatels* des seigneurs dont ils dépendaient. Cependant à l'époque de cette situation si peu digne d'envie, nous trouvons le peuple animé de la plus violente jalousie contre eux. C'est que, dans les campagnes, les juifs étaient serfs comme les paysans, et par conséquent ils n'étaient pas moins malheureux; mais comme les communes se formaient, et les villes prenaient de l'accroissement, les juifs n'ayant aucune spéculation à faire sur les propriétés ru-

---

[1] M. Depping, p. 172.

rales, durent affluer dans les lieux fortifiés ou entourés de murs et donner là un libre essor à leur ardeur pour le gain. Ainsi les juifs des campagnes pouvaient être à plaindre et ceux des villes exciter la jalousie. »

A cette époque, tout le monde devait aux juifs, riches et pauvres, seigneurs et vilains, prêtres et laïcs. C'est alors, en 1206, que parut la première loi ayant pour objet de limiter le taux de l'intérêt dans les prêts faits par les Juifs, et de régler la forme de leurs actes.

D'après cette loi, faite sous forme d'accord ou de convention entre le roi, la comtesse de Champagne et Guy de Dampierre, mais qui paraît être devenue générale par l'assentiment qu'y auraient donné les barons, le taux de l'intérêt hebdomadaire fut fixé à deux deniers par livre; il fut enjoint aux juifs d'apposer aux actes constatant le prêt, un sceau particulier qui serait gardé par deux prud'hommes ou bourgeois notables de la ville; un seul écrivain ou notaire de la ville était chargé de la rédaction des actes; le prêteur et l'emprunteur devaient jurer de n'avoir prêté ou emprunté que la somme stipulée dans l'acte; enfin il était défendu aux juifs de prêter sur des vases et ornements sacrés, sur des effets ensanglantés et sur des terres d'église (1).

Ces mesures ne parurent pas suffisantes, car en 1223, Louis VIII, fils et successeur de Philippe-Auguste, annula pour l'avenir les obligations d'intérêts contractées envers les juifs; les déclara déchus de toutes créances dont les titres avaient plus de cinq ans de date; ordonna que les fonds prêtés seraient remboursés aux seigneurs dont les juifs relevaient, et accorda aux débiteurs un terme de trois ans pour s'acquitter en neuf payements égaux (2). Mais comme ils n'en

(1) Brussel, *Usage général des fiefs*, t. I, liv. II, ch. 39.
(2) *Ibid.*

continuèrent pas moins à prêter, et que leurs débiteurs n'étaient jamais disposés à leur rendre, le règne de Louis IX fournit plusieurs exemples de mesures analogues prises en 1234 et en 1260, par lesquelles on accordait des délais aux débiteurs pour s'acquitter, avec défense aux juifs de prêter à intérêt sous peine de ne pouvoir exiger que le capital (1). A la même époque de nombreux conciles provinciaux, empiépiétant sur les droits de l'autorité civile, défendirent aux juges de poursuivre les procès relatifs aux créances des juifs, et ordonnèrent que si les chrétiens poursuivis par les juifs déclaraient que la créance était usuraire, on les crût sur parole et qu'on les renvoyât de la demande (2).

Du reste, dans un temps où l'argent était rare, et le commerce de cette marchandise peu sûr, les juifs n'étaient pas les seuls qui s'exposassent à le faire et qui perçussent de gros intérêts en compensation des dangers de toute sorte qu'il y avait à exciter l'envie des pauvres, des riches et des puissants, qui se traduisait en émeutes contre les prêteurs et en ordonnances de confiscations ou de suppressions de leurs créances. Les Lombards, les Caorsins encoururent plus d'une fois comme les juifs l'animadversion des ordonnances (3); mais comme les motifs religieux qui existaient contre les uns n'existaient pas contre les autres, les usuriers chrétiens ne furent jamais poursuivis avec suite et systématiquement comme les juifs. Ceux-ci seuls, couverts du mépris public, étaient obligés de porter un costume distinctif, le plus souvent, ridicule renfermés dans les quartiers qui leur étaient

---

(1) *Ibid. Ordonn. des Rois de France,* t. XI.
(2) Depping, p. 195.
(3) Ordonn. de 1268, 1274, 1289. T. I, des *Ordonnances. des Rois de France.*

assignés pour demeure, et éloignés de toute communication avec les chrétiens [1].

Philippe-le-Bel renouvela toutes ces mesures avec plus d'âpreté encore que ses prédécesseurs; puis tout-à-coup, en 1306, sans doute dans un besoin pressant d'argent, il bannit tous les juifs du royaume, en leur défendant, sous peine de mort, d'y rentrer; et, du même coup, il confisqua toutes leurs propriétés, ne leur laissant emporter que les vêtements et l'argent nécessaires pour le voyage.

Cet expédient financier d'un prince, qui, pour faire de l'argent, avait eu déjà recours à l'altération des monnaies, produisit les plus tristes résultats. Il fut très difficile de faire rentrer les créances des juifs, résultant de contrats presque toujours clandestins; il y avait d'ailleurs danger à faire crier les débiteurs en les poursuivant; et les choses en vinrent au point que Louis-le-Hutin, successeur de Philippe-le-Bel, cédant *à la commune clameur du peuple*, rouvrit, en 1315, l'entrée du royaume à ces juifs dont l'expulsion avait eu pour prétexte les clameurs populaires et les plaintes des emprunteurs qui les rappelaient [2].

« Les juifs, porte l'ordonnance de rappel, pourront revenir dans le royaume, habiter les villes où ils demeuraient auparavant, et y séjourner pendant douze ans. Ils vivront du travail de leurs mains, ou de la vente de bonnes marchandises. Ils pourront prêter sur gages, mais sans se livrer à l'usure. Leurs anciennes créances seront payées. Ils en auront un tiers, et le roi les deux autres tiers. Ils ne pourront être poursuivis pour ce qui s'est passé avant leur rentrée... Ils ne pour-

---

(1) Lettre de Philippe III au bailli de Caen (*Ordonnances des Rois de France*, t. XII); Brussel, *Usage général des fiefs, ubi sup.*; Sauval, t. II, liv. x.

(2) *Ordonn. des Rois de France*, t. I.

ront compter avec leurs débiteurs qu'à la fin de l'année, tandis que leurs débiteurs pourront compter avec eux à volonté... Le roi nommera deux prud'hommes-auditeurs des juifs, pour faire exécuter cette ordonnance, et pour connaître des héritages qui, lors de leur expulsion, ont été vendus au-dessous du juste prix. Si au bout des douze années, ils ne peuvent rester dans le royaume, ils auront une année pour se défaire de leurs biens. »

On ne sait trop ce qu'il advint de cette ordonnance; toujours est-il qu'à l'expiration des douze années, les juifs ne furent point expulsés, mais que, dans l'intervalle, Philippe-le-Long, l'un des successeurs de Philippe-le-Bel, leur imposa, à titre d'amende, une contribution de quinze cent mille livres, et s'empara des biens des juifs les plus riches, pour être assuré du payement.

Il paraît que vers cette époque les juifs, pour échapper au danger permanent d'expulsion ou de confiscation, se retirèrent en grand nombre du royaume (1). Ceux qui y restèrent vécurent, comme par le passé, dans des alternatives de faveur ou de disgrâce qui dépendaient du besoin qu'on avait d'eux ou plutôt de leur argent.

Une triste occasion d'avoir besoin d'eux se présenta bientôt. Le roi Jean était prisonnier à Londres. Il fallait de l'argent pour subvenir aux dépenses intérieures d'un pays ruiné par une guerre désastreuse, et pour payer la rançon du roi captif. Les juifs profitèrent de cette circonstance pour négocier avec le Dauphin, alors régent, des conditions plus favorables que celles sous lesquelles ils vivaient, soit pour le séjour de ceux qui étaient restés en France, soit pour la rentrée de ceux qui en étaient sortis. Une sorte de traité fut alors

(1) Depping, p. 233.

conclu entre eux et le Dauphin, dont les articles furent convertis en ordonnances dans les années 1360 et 1361. Aux termes de ces ordonnances, le roi permettait aux juifs de rentrer dans le royaume, d'y demeurer pendant vingt ans, d'y acquérir des habitations, d'y faire le commerce et le courtage, de pratiquer les arts libéraux et mécaniques, et de prêter de l'argent à intérêt, sans aucun empêchement de la part des autorités du royaume et des seigneurs; ils étaient placés sous la sauvegarde royale et n'avaient d'autre juge qu'un commissaire royal, le comte d'Étampes. Chaque juif, à son entrée dans le royaume, devait payer quatorze florins pour lui et sa femme, et un florin deux gros tournois pour lui et ses gens. De plus, il devait payer sept florins de capitation par an pour lui et sa femme, et un florin pour chacun de ses enfants et de ses gens. Moyennant cette rétribution, ils étaient quitte de tout impôt quelconque et ne pouvaient être assujétis à aucune servitude ni redevance seigneuriale. Il y était dit que ceux qui prêteraient aux chrétiens de l'argent sur gages, ne pourraient prendre par semaine que quatre deniers d'intérêts par livre, et que ce qu'ils auraient pris en plus serait restitué aux débiteurs; qu'ils pourraient prêter sur toutes sortes d'obligations et de gages, excepté sur les vases d'église et les outils de labourage; que les autorités publiques les assisteraient pour la rentrée de leurs créances; que les notaires et tabellions du royaume seraient tenus de dresser les actes des juifs lorsqu'ils en seraient requis; enfin, que dans les contrats non constatés par écrit, les juifs seraient crus sur parole et sous serment. Toutes les ordonnances contraires à ces franchises étaient abolies, et leurs anciens privilèges devaient être confirmés toutes les fois qu'ils le demanderaient (1).

---

(1) *Recueil des anciennes lois françaises*, t. V.

Ces avantages étaient immenses; mais les juifs n'en jouirent pas longtemps. Soit qu'ils eussent abusé des droits qui leur étaient donnés, soit qu'on n'eût plus besoin d'eux, une ordonnance de 1363 (1) supprima tous leurs privilèges et annula toutes les obligations souscrites pas des chrétiens envers des juifs. Mais l'histoire de l'état légal des juifs en France se compose d'une succession alternative de bien et de mal, dans laquelle toutefois le mal l'emporte, et dont les courtes périodes de faveur ne sont que le prélude de longues périodes de persécutions. On vit donc Charles V, en 1364, rétablir leurs privilèges (2) qu'ils payèrent encore une fois par de fortes contributions. Ils en obtinrent même un nouveau qui n'était pas sans importance. Il paraît que suivant une loi qui n'est connue que par une lettre de Charles V qui la rappelle, ils ne pouvaient exercer de droits hypothécaires qu'en présentant pour caution des chrétiens solvables. Charles V, par la lettre précitée, en date de l'an 1379 (3), voulut que les débiteurs fussent contraints d'accepter des juifs pour caution de leurs créanciers.

Ils étaient en veine de bonheur, et sous le règne de Charles VI, à la faculté de prêter à gros intérêts qu'ils avaient déjà obtenue, ils joignirent celle de faire ce qu'on appelait alors de *montes montes*, c'est-à-dire de percevoir les intérêts des intérêts..... « Octroyons, disait une ordonnance de 1388, que jusqu'à dix ans aucuns prévôts, procureurs ne officiers n'auront cour ne commission des juifs, ne les pourront approcher, ne traire à amendes pour cause des dits abus de *monts*, ne de faire ou avoir fait de *montes montes*, ne d'autres

(1) *Ibid.*
(2) *Ordonn. des Rois de France*, t. IV.
(3) *Ibid.* T. VI.

abus, ainsi qu'il les voudra d'aucune chose accuser..... ([1]). »

C'était aller trop loin. Mais on ne savait, dans ces temps d'anarchie, conserver aucune mesure ni dans un sens, ni dans l'autre; il eût été juste et politique à la fois de faire rentrer les juifs dans les limites du droit commun ; mais il était également injuste et impolitique de les en faire sortir par des persécutions intéressées ou par des faveurs qui ne l'étaient pas moins.

Ces faveurs devaient avoir un terme : il fut fatal aux juifs; ce terme arriva sans cause apparente. On saisit le prétexte des plaintes élevées par les débiteurs qui n'avaient pas cessé de se plaindre, toujours aussi haut; et une ordonnance du 17 septembre 1394 les bannit une dernière fois : « ... Nous avons été longtemps, et par plusieurs fois, informé par des personnes dignes de foi, nos procureurs et officiers, disait Charles VI dans cette ordonnance, de plusieurs clameurs et grandes plaintes qui leur venaient chaque jour des excès et des délits que les juifs font chaque jour sur les chrétiens ; et pour ce, nos procureurs ont fait plusieurs informations par lesquelles il apparaît, les juifs avoir en plusieurs maintes manières délinqué, et spécialement contre notre foi, et le contenu de nos lettres... Par mûre délibération de notre conseil, voulons, par manière d'établissement ou constitution irrévocable, que dorénavant nuls juifs ne habitent, demeurent ou conversent en notre royaume... » L'édit leur donnait un mois pour en sortir, confisquait tous leurs biens, et chargeait les officiers du roi de faire rentrer les sommes qui leur étaient dues, et de les forcer de payer ce qu'ils devaient ([2]).

300. Les Juifs, dit un historien ([3]), comptent cet exil su-

---

([1]) *Ordonn.*, t. VII.
([2]) T. VIII des *Ordonnances*.
([3]) Depping, p. 313.

bit et inattendu au nombre des plus grandes persécutions qu'ils aient essuyées. Il mit fin à leur existence légale en France. Ceux qui y résidèrent depuis cette époque, profitèrent de la tolérance qui s'introduisait dans l'administration ; mais ils étaient obligés de se cacher, et souvent quand on les voyait paraître, les édits des rois rappelaient à leur égard la rigueur des anciennes ordonnances (1).

301. Cependant, en 1550, quelques familles juives, réfugiées d'Espagne et de Portugal, obtinrent de Henri II la permission de s'établir à Bordeaux et à Bayonne; sous les règnes suivants de Henri III et Henri IV, d'autres familles juives furent autorisées à s'établir à Metz, et y jouirent de certains privilèges confirmés plus tard par les ducs de Lorraine en 1721, et par le roi Stanislas qui, par arrêt du conseil du 26 janvier 1753, leur permit de fixer leur résidence dans ses états, et d'y commercer, en se conformant aux usages, statuts et règlements des lieux où ils étaient domiciliés. Mais ces privilèges les excluaient toujours du droit commun. Ainsi, à Metz le commerce des marchandises neuves leur était interdit, ils ne pouvaient faire que celui de la friperie et des marchandises étrangères; un quartier spécial de la ville leur était assigné, et il leur était défendu de s'établir ailleurs sous peine d'une amende qui ne pouvait pas être au-dessous de 3,000 livres. Dans les autres villes de Lorraine, ils étaient tenus de s'adresser aux officiers de police, et dans les campagnes aux maires et gens de police, pour se faire désigner à l'écart et dans les endroits les moins fréquentés, des terrains ou maisons pour leur habitation. Aux termes d'un édit du 30 décembre 1728, tous les billets et actes sous seing-privés qui étaient faits avec les juifs, tant pour argent prêté que

(1) Édit de Louis XIII, du 23 avril 1615.

pour vente de marchandises ou autres engagements, étaient déclarés nuls. On exceptait seulement les lettres de change, les billets à ordre ou autres effets de commerce. Le même édit ordonnait en outre que dans le cas où des juifs se seraient rendus coupables de dol ou d'usure envers un catholique, ils seraient punis de la perte de leurs créances, et tenus de payer le double de ces créances aux débiteurs, outre une amende de 500 livres, sans que ces peines pussent être remises ni modérées par les juges. Toutefois l'exécution de cet édit fut suspendue indéfiniment par l'arrêt du conseil précité du 26 janvier 1753.

Les juifs étaient nombreux en Alsace lors de la conquête que Louis XIV fit de cette province en 1671. Les seigneurs et les magistrats y jouissaient depuis longtemps de la faculté de recevoir les juifs, de les congédier, de leur accorder telle liberté, et de leur imposer telles obligations qu'ils jugeaient convenables. Louis XIV les confirma dans cette faculté. Cependant le conseil souverain d'Alsace intervint plus d'une fois pour la limiter et empêcher les seigneurs d'en abuser en multipliant chez eux des familles juives (1). Du reste, les juifs d'Alsace étaient traités à peu près comme ceux de la Lorraine. Il leur était défendu, sous peine arbitraire, d'exposer leurs marchandises en vente dans aucun lieu de la province, excepté les jours de foires et de marchés; et deux ordonnances rendues par l'intendant de la province, l'une en 1686, l'autre en 1700, leur permettaient seulement de faire leur commerce dans leurs maisons.

Des lettres-patentes du 10 juillet 1784 réglaient sur d'autres points la position des juifs en Alsace. Elles leur dé-

---

(1) Arrêts du 19 décembre 1752, 27 septembre 1762 et 17 novembre 1764. V. M. Merlin, *Répert.*, v° *Juifs*, sect. 1, § 1.

fendaient de contracter aucun mariage sans la permission du roi. Les juifs admis à rendre témoignage, soit au civil, soit au criminel, ou auxquels le serment avait été déféré, étaient tenus de le prêter suivant la formule consacrée pour les juifs établis en Allemagne. Ils ne pouvaient être admis au bénéfice de cession de biens que du consentement des trois quarts de leurs créanciers chrétiens. Leurs femmes ne pouvaient user du bénéfice de séparation de biens au préjudice des créanciers chrétiens de leurs maris, sauf à stipuler la séparation de biens par leurs contrats de mariage. Du reste, il était permis aux juifs d'Alsace, par les mêmes lettres-patentes, de prendre des terres à bail dans les communautés où ils avaient été admis, à la condition de les exploiter eux-mêmes. Ils pouvaient, sous les mêmes conditions, se charger de l'exploitation des mines de charbon de terre ou autres. Il leur était également permis de faire la banque, ainsi que toute espèce de négoce, trafic et commerce en gros et en détail, à la charge par eux de se conformer aux règlements concernant le commerce; d'établir des manufactures et fabriques d'étoffes ou autres ouvrages, ainsi que des forges, verreries et faïenceries, à la charge par eux de remplir les conditions qui seraient requises pour les sujets du roi. Leurs livres devaient être tenus en langue vulgaire, et il leur était défendu de s'y servir de la langue hébraïque, à peine de 1,000 livres d'amende (1).

302. Telle était, en 1789, la situation des Juifs en France.

---

(1) M. Merlin, *Répert.*, *ibid.*, § 2.— Le droit commun de l'Allemagne attesté par Heineccius, (*Elem. jur. camb.*, cap. 4, § 16), etait moins rigoureux : *Judæi qui arte collybisticâ lucrum præ reliquis affectant, et nulla lege cambiali id facere prohibentur, id tenentur observare, ut inter se non utantur litteris judaicis ; si tamen tales adhibuerint ex iis agi non potest, nisi prius judici de litterarum istarum vero sensu constet.*

Considérés comme étrangers [1], et exclus par conséquent des droits de cité, ceux qui étaient nés et établis en France ne furent pas admis, à cette époque, dans les assemblées électorales convoquées pour la nomination des députés aux états-généraux. Ils ne le furent pas davantage dans les assemblées communales convoquées en exécution de la loi du 14 décembre de la même année pour l'élection des conseillers municipaux. Ils réclamèrent, et des voix s'élevèrent en leur faveur au sein de l'assemblée constituante lors de la discussion du décret du 24 décembre 1789 qui avait pour objet la capacité des non-catholiques. Mais l'assemblée, en déclarant par ce décret « les non-catholiques capables de tous les emplois civils et militaires comme les autres citoyens », déclara « n'entendre rien préjuger relativement aux juifs, sur l'état desquels elle se réservait de prononcer. »

Peu après l'assemblée adopta, sans discussion, le décret du 30 avril 1790 qui accorde les droits de citoyens à tous ceux qui, nés hors du royaume de parents étrangers, étaient établis en France, pourvu qu'ils y eussent un domicile continu depuis cinq ans, et qu'ils y eussent ou acquis des immeubles ou épousé une française ou formé un établissement de commerce, ou reçu dans quelques villes des lettres de bourgeoisie; et qui ajoutait : « sans entendre rien préjuger sur la question de l'état civil des juifs qui a été et qui est ajournée. »

Enfin, l'assemblée constituante, arrivée au terme de sa carrière, et quand tout nouvel ajournement eût été un refus, rendit, le 27 septembre 1791, un décret par lequel, « considérant que les conditions nécessaires pour être citoyen fran-

---

[1] Il en était de même en Italie : *Hœbræi potius sunt incolæ quam cives*, disait Ansaldus, disc. 41, n. 20.

çais, et pour devenir citoyen actif, sont fixées par la constitution, et que tout homme qui, réunissant lesdites conditions, prête le serment civique et s'engage à remplir tous les devoirs que la constitution impose, a droit à tous les avantages qu'elle assure », révoqua « tous ajournements, réserves et exceptions insérées dans les précédents décrets relativement aux individus juifs qui prêteront le serment civique, qui sera regardé comme une renonciation à tous privilèges et exceptions introduits précédemment en leur faveur. »

A partir de cette époque, l'exercice du culte juif n'a plus établi, entre ceux qui l'observent et les Français chrétiens ou autres, qu'une différence de religion, et non une différence de nationalité.

303. Les choses étaient en cet état, et les juifs jouissaient pleinement et sans réserve des mêmes droits que les autres citoyens, lorsque, le 30 mai 1806, il intervint un décret ainsi conçu : « Napoléon... Sur le compte qui nous a été rendu que, dans plusieurs département septentrionaux de notre empire, certains juifs, n'exerçant d'autre profession que celle de l'usure, ont, par l'accumulation des intérêts les plus immodérés, mis beaucoup de cultivateurs de ces pays dans un état de détresse, nous avons pensé que nous devions venir au secours de ceux de nos sujets qu'une avidité injuste aurait réduits à ces fâcheuses extrémités. Ces circonstances nous ont fait en même temps connaître combien il était urgent de ranimer parmi ceux qui professent la religion juive, dans les pays soumis à notre obéissance, les sentiments de la morale civile qui, malheureusement, ont été amortis chez un trop grand nombre d'entre eux par l'état d'abaissement dans lequel ils ont longtemps langui, état qu'il n'entre point dans nos intentions de maintenir ni de renouveler. Pour l'accomplissement de ce dessein, nous avons résolu de réunir en

une assemblée les premiers d'entre les juifs, et de leur faire communiquer nos instructions par des commissaires que nous nommerons à cet effet, et qui recueilleront en même temps leur vœu sur les moyens qu'ils estiment les plus expédients pour rappeler parmi leurs frères l'exercice des arts et des professions utiles, afin de remplacer par une industrie honnête les ressources honteuses auxquelles ceux-ci se livrent de père en fils depuis plusieurs siècles. A ces causes... nous avons décrété et décrétons ce qui suit :

« Art. 1er. Il est sursis pendant un an, à compter de la date du présent décret, à toutes exécutions de jugements ou contrats, autrement que simples actes conservatoires, contre les cultivateurs non négociants des départements de la Sarre, de la Roër, du Mont-Tonnerre, des Haut et Bas-Rhin, de Rhin et Moselle, de la Moselle et des Vosges, lorsque les titres contre ces cultivateurs auront été consentis par eux en faveur des juifs.

« Art. 2. Il sera formé, au 15 juillet prochain, dans notre bonne ville de Paris, une assemblée d'individus professant la religion juive, et habitant le territoire français.... »

Cette assemblée, convoquée dans la forme et au nombre prescrit par les articles suivants du même décret ([1]), se réunit à Paris à l'époque fixée sous la présidence de M. Abraham Furtado, juif de Bordeaux. MM. Molé, Pasquier et Portalis, alors maîtres des requêtes, avaient été nommés commissaires de l'empereur chargés de communiquer avec l'assemblée, et de lui présenter un certain nombre de questions qu'elle avait à résoudre, et qui toutes avaient pour but de rechercher si les principes de la religion et de la loi de Moïse pouvaient se

---

([1]) Il y avait 113 juifs, rabbins, propriétaires, négociants, banquiers.

concilier avec nos lois civiles et politiques. Les réponses de l'assemblée, à qui on avait demandé de faire connaître la vérité toute entière, sur ces questions qui portaient principalement sur le mariage, le divorce, la fraternité avec les Français, l'usure, furent satisfaisantes, et firent preuve des lumières de ceux qui la composaient. Tous comprirent qu'il fallait faire plier devant l'exigence des temps, les principes de la religion la plus inflexible et la plus exclusive; et que la nationalité française exigeait qu'ils modifiassent ou interprétassent la loi de Moïse de manière à la rendre compatible avec les obligations qu'imposait cette nationalité. Il résulta de l'ensemble de ces réponses que les Juifs se considéraient comme Français et soumis en tout aux lois civiles et politiques de la France; qu'ils regardaient les Français comme des frères et non comme des étrangers, que leur loi religieuse ne leur faisait pas un précepte de faire l'usure, qu'elle leur permettait seulement de prêter à intérêt modique à ceux avec qui ils faisaient le commerce. Enfin, que loin de leur défendre de se livrer aux professions utiles, elle leur en faisait au contraire un devoir.

Pour donner à ces réponses une autorité qui les fît accepter par tous les sectateurs de la loi de Moïse, Napoléon convoqua un grand sanhédrin composé, suivant l'ancien usage, de soixante-dix membres sans compter son chef, et auquel toutes les synagogues de l'Europe furent invitées à envoyer des députés. Ce grand sanhédrin, qui se constitua à Paris le 4 février 1807, convertit en quelque sorte en articles de foi les décisions de l'assemblée qui l'avait précédé. Il déclara que la loi de Moïse contenait des dispositions religieuses et des dispositions politiques; que les dispositions religieuses étaient, par leur nature, absolues et indépendantes des circonstances et des temps; mais qu'il n'en était pas de même

des dispositions politiques, c'est-à-dire de celles qui constituaient le gouvernement, et qui étaient destinées à régir le peuple d'Israël dans la Palestine, lorsqu'il avait ses rois, ses pontifes et ses magistrats; que les dispositions politiques ne pouvaient être applicables depuis qu'il ne formait plus un corps de nation; qu'en consacrant cette distinction, le grand sanhédrin déclarait un fait incontestable, et qu'en déterminant les conséquences de ce fait, il enjoignait à tous ses co-religionnaires des deux sexes, d'observer ses statuts, regardant tous ceux qui les violeraient ou en négligeraient l'observation comme péchant notoirement contre la volonté du Seigneur, Dieu d'Israël ([1]).

Ces mesures successives consommèrent la consécration des droits civils et politiques que l'assemblée constituante avait accordés aux Juifs, et plusieurs décrets en confirmèrent les conséquences ([2]).

304. Il y avait dès-lors lieu de croire qu'ils resteraient en tout assimilés aux autres Français; mais il n'en fut rien. Un décret du 17 mars 1808, après avoir levé le sursis prononcé par le décret du 30 mai 1806, les soumit à des mesures exceptionnelles qui rappelaient beaucoup trop celles dont ils avaient été plus d'une fois frappés dans les temps les plus mauvais du moyen-âge. Aux termes de ce décret, les engagements pour prêt, faits par des juifs à des mineurs, sans l'autorisation de leurs tuteurs, à des femmes mariées, sans l'autorisation de leur mari, à des militaires, sans l'autorisation de leurs capitaines ou chefs de corps, étaient nuls de plein droit. — Les juifs ne pouvaient exiger d'un particulier non-commerçant le payement d'aucune lettre de change, billet à

([1]) Voy. dans le *Répert.* de M. Merlin, v° *Juifs*, sect. 3, § 4, le texte des délibérations de l'assemblée générale et du sanhédrin.

([2]) Voy. *Ibid.*

ordre, obligation ou promesse, sans prouver que la valeur en avait été fournie entière et sans fraude ; — toute créance due à un juif dont le capital était aggravé d'une manière patente ou cachée par l'accumulation d'intérêts à plus de cinq pour cent, devait être réduite par les tribunaux, et annulée si l'intérêt excédait dix pour cent ; — nul juif ne pouvait se livrer au commerce qu'à la charge de prendre une patente et de la faire renouveler chaque année ; — les actes de commerce faits par les juifs non-patentés étaient de nulle valeur, ainsi que les hypothèques faites pour les créances qui en résulteraient ; — les contrats non-commerciaux souscrits au profit des juifs non-patentés étaient soumis à révision ; — les juifs ne pouvaient prêter sur nantissement qu'autant qu'il en était dressé acte pardevant notaire, constatant la numération des espèces. Enfin, ces diverses dispositions devaient avoir leur exécution pendant dix ans, sauf à en prolonger l'exécution s'il était jugé convenable.

L'exécution de ces mesures a donc cessé de plein droit en 1818, sans que le gouvernement ait tenté de les renouveler. Ceux contre qui elles étaient dirigées avaient prétendu que la Charte de 1814 avait abrogé de plein droit le décret du 14 mars 1808, Mais plusieurs arrêts de la Cour de cassation décidèrent qu'il avait conservé sa force pour toute la durée qui lui téait assignée par son auteur (1).

305. Du reste, le décret du 17 mars 1808, en cessant d'avoir exécution à partir de 1818, a perdu toute autorité, même sur les actes passés sous son empire, mais dont l'exécution n'a dû avoir lieu qu'après l'expiration du temps pendant lequel il est resté en vigueur. Ces dispositions s'appliquaient beaucoup moins à la formation même de l'obligation,

(1) Cass. 23 janvier et 25 juin 1817 (Dev. et Car., 5, 1, 275 et 338.)

qu'au droit d'en exiger l'exécution, qui était subordonné à certaines conditions ou à certaines preuves préalables. Ces conditions et ces preuves ne peuvent donc plus être exigées quand le décret n'est plus exécutoire.

306. En définitive, et dans l'état actuel de la législation, il n'y a aucune différence entre les juifs et les autres Français. Quelques pétitions présentées aux Chambres ont, à plusieurs reprises, demandé le rétablissement du décret de 1808 ou des mesures analogues, mais sans succès. Le droit commun est là pour réprimer la fraude partout où elle se manifeste, et il y a des lois sur l'usure qui suffisent pour réprimer celle des juifs, s'il en est qui s'y livrent encore.

307. Il n'y a plus aujourd'hui qu'une seule question sur laquelle la qualité de juif puisse exercer une certaine influence. C'est celle de savoir si les juifs, auxquels est déféré le serment judiciaire, ou qui sont appelés à prêter serment en qualité de témoins, peuvent être assujétis à le prêter dans la forme particulière à leur religion, s'ils demandent à le prêter dans la forme ordinaire, ou bien, au contraire, si, dans le cas où ils ne pourraient être contraints à prêter serment suivant le rit juif, ils peuvent cependant être admis à ne le prêter que dans cette dernière forme.

308. La religion juive admet plusieurs formules de serment; les unes, observées plus particulièrement par les juifs du Nord qui suivent le rit hébraïque allemand dont le talmud forme une des bases, les autres par les juifs du Midi qui suivent le rit hébraïque portugais, uniquement fondé sur la loi de Moïse. Les lettres patentes du 10 juillet 1784, dont il a été question, mais qui ont cessé d'avoir aucune autorité lorsqu'a disparu l'état de choses avec lequel elles s'harmoniaient, imposaient aux juifs la nécessité de prêter serment de la même manière que les juifs d'Allemagne. Suivant ce rit

très solennel, le serment est prêté entre les mains du rabbin, à la synagogue ([1]). Quant aux juifs du Midi, il existe une ancienne formule de serment rappelée dans les statuts que leur donna l'archevêque d'Arles en 1450, qui paraît avoir été fort longtemps en usage ([2]). Les malédictions forment la base de ces deux formules ([3]). Il en est une autre beaucoup plus simple, et qui paraît avoir été commune à tous les hébreux. Suivant cette formule, le juif, la main étendue sur une bible, la tête couverte, promet à Dieu de dire la vérité.

Suivant la loi française, au contraire, il suffit pour faire serment de dire : *Je jure.* C'est là la forme légale, parceque *faire serment d'une chose*, ou *jurer une chose*, sont deux locutions parfaitement synonymes dans notre langage qui a aussi ses lois. La loi, en n'établissant aucune forme substantielle et solennelle autre que cette locution : *je le jure*, s'est conformée à la liberté des cultes, qui ne permettait pas d'imposer des formules puisées dans un rit religieux plutôt que dans un autre, et qui auraient pu être contraires aux croyances, aux habitudes ou aux préjugés des citoyens appelés à prêter serment en justice. D'après le texte comme d'après l'esprit de toutes celles de ces lois qui exigent un serment, il suffit donc que celui qui est appelé à prêter serment sur un fait, dise *je le jure*, parce que le juge qui n'a pas à rechercher les croyances religieuses de chacun, doit nécessairement se contenter d'une formule générale qui, placée en dehors

---

([1]) Voy. dans la *Collection nouvelle* de MM. Devilleneuve et Carette, un procès-verbal de ce serment, dans lequel se trouve le détail de toutes les formalités qu'il comporte, t. III, 1re part., p. 212.

([2]) Depping, p. 327. Voy. *Ibid.* cette formule fort curieuse.

([3]) *Habent hoc, meo judicio, judæi peculiare ut ipsorum jusjurandi formulæ tonent, fulminent, percellantque animos hominum.* Wagenseil, p. 378.

de tout rit particulier admet toutes les croyances sans en exclure aucune [1].

Le serment prêté par un juif en la forme ordinaire est donc valable, si le juge, d'office, ou sur la demande de la partie qui a intérêt à ce que le serment soit prêté dans une forme plutôt que dans une autre, n'a pas imposé au juif un serment particulier, ou si le juif lui-même n'a pas demandé à ne prêter le serment que dans la forme admise ou prescrite par sa religion.

Mais le juge peut-il contraindre le juif à prêter serment suivant le rit hébraïque? Le juif peut-il être admis à ne prêter serment que suivant ce même rit? C'est là que commence la difficulté. Examinons d'abord la première partie de la question.

309. Si le serment prêté par un juif dans la forme ordinaire est valable, c'est-à-dire, si ce serment suffit à la régularité de la procédure où il doit être prêté, ou à l'accomplissement de la condition qui consiste dans la prestation d'un serment; si ce serment suffit, ce qui ne saurait être douteux, pour que le juif devienne passible des peines prononcées contre les faux témoins [2] et les parjures [3], on ne voit pas pourquoi les juges seraient autorisés à exiger plus que ce qui est suffisant. Celui qui prête un serment remplit une obligation ou un devoir, et, en matière d'obligations comme en matière de devoirs, on a fait tout ce qu'on doit, quand on a fait tout juste ce qu'on doit.

Cependant plusieurs arrêts et la majorité des auteurs [4],

---

(1) Cass., 19 mai 1826 et 10 juillet 1828 (Dev. et Car.

(2) C. pén. 363.

(3) C. pén., 366.

(4) Colmar, 3 mars 1813 (Dev. et Car., 3, 2, 40); 18 janvier 1828 (*ibid.*, 9, 2, 13); Nancy, 13 juillet 1808 (36, 2, 2, 416); Pau, 11 mai

décident que les juifs peuvent être astreint à prêter le serment, suivant le rit hébraïque, *more judaico*. Cette opinion se fonde sur ce que le serment est à la fois un acte religieux et un acte civil, d'où l'on conclut que celui qui appartient à une religion ne peut se refuser à le prêter suivant le rit admis par cette religion, puisque, dit-on, le serment n'est efficace qu'autant qu'il est prêté dans une forme qui, d'après le culte de celui qui est appelé à le faire, le rend obligatoire et sacré.

En raisonnant ainsi, on oublie, tout en le reconnaissant d'ailleurs, que le serment, s'il est un acte religieux, est aussi un acte civil, et l'on ne tient compte que de ce qu'il est un acte religieux.

Sans doute le serment est un acte religieux, en ce sens que celui qui prête serment prend Dieu à témoin de la vérité du fait qu'il affirme; mais c'est un acte civil et purement civil, en ce sens que sa validité et la force obligatoire que la loi y attache, ne dépendent point d'une forme plutôt que d'une autre, et ne supposent jamais la nécessité d'une cérémonie religieuse ou d'une solennité appartenant à tel ou tel culte. C'est un acte religieux en lui-même et sans acception de culte, parce que dès que tous les cultes admettent un Dieu, prendre ce Dieu, quelqu'il soit, à témoin, c'est faire un acte religieux; mais c'est un acte civil, parce que la loi qui admet

---

1830 (*ibid.*, 9, 2, 442). — En sens contraire, Turin, 22 février 1809 (5, 12, 30); Nîmes, 10 janvier et 7 juin 1827 (8, 2, 313 et 376) et Aix, 13 août 1829 (9, 2, 320). — M. Toullier, t. X, n. 451; M. Duranton, t. XIII, n. 593; M. Carré, *Lois de la procéd.*, n. 519; Favard, *Répert.*, v° *Serment*, sect. 3, § 1, n. 23. M. Morin, *Journal des avoués*, t. LXVI, p. 257; M. Devilleneuve, *Collect. nouvelle*, t. III, prem. partie, p. 210. — En sens contraire, M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Serment*, *add.*, § 2; M. Chauveau sur Carré, n. 1028; M. Sirey, dans son *Ancien Recueil*, t. X, prem. part. p. 329.

tous les cultes, s'impose à tous, doit être la même pour tous, et que dès-lors les actes qu'elle prescrit se suffisent à eux-mêmes dans la forme qu'elle admet, sans avoir besoin du concours supplémentaire de solennités prises dans le rituel d'un culte auquel elle doit rester étrangère et dont elle ne doit jamais se préoccuper. En d'autres termes, le serment est un acte religieux dans son essence, et civil dans sa forme; de telle sorte qu'on ne peut jamais imposer à celui qui est appelé à le prêter, une forme qui suppose une croyance religieuse plutôt qu'une autre, parce que devant la loi, et par conséquent devant le juge, il n'y a ni juifs, ni chrétiens : il n'y a que des Français et des citoyens.

On insiste et l'on dit que les juifs ne se croient liés que par le serment *more judaïco*, et que dès-lors le serment, pour être efficace, comme acte religieux, doit leur être imposé dans une forme qui produise, selon leur croyance, un engagement religieux ([1]).

Mais on argumente là d'un fait du for intérieur qu'il n'est permis ni de rechercher, ni de savoir. Dès que la loi, en admettant tous les cultes, ne fait acception d'aucun d'eux dans tous les rapports civils, il n'est pas permis, dans l'accomplissement d'un acte dont la forme est purement civile, bien qu'il produise un lien religieux, de se préoccuper des croyances de celui qui est appelé à faire cet acte, de scruter sa conscience pour lui demander ce qu'il croit ou ce qu'il ne croit

---

([1]) Le contraire résulte d'une déclaration des grands rabbins du consistoire de Paris, du 16 novembre 1816. D'après cette déclaration, « le serment judiciaire, prêté par un israélite, dans quelques cas et en quelque lieu que ce soit, en prononçant ces paroles : *je jure*, selon la forme généralement en usage en France, est pour lui un *acte religieux* qui a toute la force et toute la rigueur du serment, et qui l'oblige en conscience à dire la vérité, et ce sans qu'aucune autre intervention, aucune formalité ni cérémonie quelconque soient nécessaires. »

pas, de transporter le temple ou la synagogue dans le prétoire, et de changer une discussion judiciaire en dispute théologique. Dans ce système, on serait conduit, avant de déférer le serment à une partie, à lui demander à quel dieu elle croit et même si elle croit à un dieu; car il est manifeste que l'athée ne se croira pas religieusement obligé en prenant à témoin Dieu en qui il ne croit pas. Le serment est un acte d'une nature toute particulière, dont l'utilité est fort contestable et fort contestée. Il n'est peut-être ni bon ni moral de placer l'homme entre son intérêt et le parjure. Mais le serment étant admis par la loi, il faut l'accepter avec ses inconvénients, ses dangers et ses déceptions, et ne pas chercher à corriger ce qu'il peut avoir de mauvais par des précautions dont l'arbitraire est le moindre défaut.

Il est évident que derrière tous les raisonnements qui ont été faits pour justifier l'opinion que je combats, se trouve le vieux préjugé contre les juifs qui, en dépit des lois, se cache encore au fond des mœurs, à l'insu peut-être de ceux qui le partagent. Instinctivement, plutôt que par réflexion, on les considère encore, en certains pays du moins, comme des gens contre lesquels on ne saurait prendre trop de précautions. Que ceux qui sont imbus de ces idées (et j'aime à croire qu'ils se trompent) prennent contre eux toutes les précautions légales, ils sont dans leur droit; mais lorsqu'un juif est appelé à accomplir, devant les tribunaux, un acte civil dans sa forme, bien que religieux dans son essence et quant au lien, je ne saurais admettre qu'on puisse lui imposer une forme particulière et autre que celle à laquelle sont soumis les autres Français. L'égalité devant la loi suppose non-seulement l'égalité de droits et de devoirs, mais encore l'égalité dans la manière d'user des uns et d'accomplir les autres. La liberté des cultes, qui consiste aussi bien dans le droit de suivre telle

religion qui convient que dans la faculté de n'en observer aucune, est incompatible avec l'obligation que les tribunaux imposeraient aux citoyens de faire un acte extérieur se rapportant à un culte quelconque. Celui qui est libre de faire ou de ne pas faire, ne peut être forcé de faire : autrement, il n'y aurait plus de liberté.

Je crois donc fermement qu'un juif ne peut jamais être tenu de prêter un serment *more judaico*, et qu'il satisfait pleinement à la loi lorsqu'il fait un serment dans la forme civile suivie par tous les Français.

310. Mais, et je passe ici à la seconde partie de la question, de ce que la loi ne peut contraindre à faire un acte religieux que repousserait la conscience de celui qui est appelé à le faire, il en résulte que si la croyance religieuse d'un juif résistait au serment tel qu'il est ordinairement prêté devant les tribunaux, on ne pourrait être fondé à lui refuser la faculté de le prêter dans une forme compatible avec les exigences de ses convictions religieuses (1), pas plus qu'on ne pourrait se refuser à admettre *à affirmer en son âme et conscience*, le quaker auquel il est défendu de *jurer* (2). Ce n'est pas là, comme on l'a prétendu (3), une faveur faite au juif; car quelle faveur y a-t-il à l'admettre à prêter un serment dans une forme que lui impose une conscience peut-être trop timorée, et qui, sans doute, ne l'oblige pas moins que le serment ordinaire? Ce n'est pas non plus en vue de la validité du ser-

---

(1) Cass., 12 juillet 1810 (Dev. et Car., 5, 1, 210); 31 décembre 1812; 18 février et 1er avril 1813 (*ib.*, 4, 1, 254, 288 et 318); Turin, 15 juin 1811 (36, 3, 2, 308).

(2) Bordeaux, 14 mars 1809; — Cass., 28 mars 1810 (Dev. et Car., 3, 1, 168. M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Serment judiciaire*, § 1.

(3) M. Morin, *loc. cit.*

ment qu'il y a lieu d'admettre le juif à le prêter *more judaïco*, puisque, ainsi que je l'ai déjà expliqué, le serment est nécessairement et toujours valable en lui-même quand il est prêté dans la forme ordinaire; c'est pour obéir au principe de la liberté des cultes et de la conscience, qui consiste aussi bien dans le droit de faire que dans la faculté de ne pas faire.

Au surplus, tout en reconnaissant le droit des juifs à ne prêter le serment que dans une forme particulière, je m'empresse de dire que c'est un droit dangereux pour ceux qui en font usage et dont on ne manque pas de se faire une arme contre tous pour les forcer à prêter le serment dans la forme à laquelle se rattachent quelques-uns d'entre eux, moins éclairés que les autres. L'arme ne vaut rien; mais elle frappe cependant; et il est probable que si certains juifs n'avaient pas commencé par demander à ne prêter le serment que suivant le rit de leur religion, on n'aurait pas songé à les y astreindre.

311. Ici se termine ce que j'avais à dire sur les capacités et les incapacités qui atteignent les personnes, suivant l'âge, le degré d'intelligence, la moralité, le sexe, les accidents commerciaux, le culte. Il me reste, pour en finir avec ce qui est relatif au droit des *Personnes*, à exposer les règles particulières aux conjoints et aux héritiers des commerçants qui, sans être commerçants eux-mêmes, peuvent se trouver accidentellement placés dans une position particulière, régie à la fois par le droit commercial et par le droit civil.

—

TITRE IV.

DES CONJOINTS ET DES HÉRITIERS DES COMMERÇANTS.

SOMMAIRE. — 312. Objet du titre IV. Division.

312. Dans le droit, comme dans la société, tout se tient. Les règles juridiques applicables à la position particulière de chaque individu, rayonnent en quelque sorte autour de lui, et se réfléchissent sur ceux avec lesquels il se trouve lié par des rapports plus ou moins intimes. Chaque individu est le centre d'une circonférence qui limite et détermine son droit. Toutes ces circonférences se touchent, se croisent, se font des segments réciproques, se superposent suivant qu'elles sont plus ou moins rapprochées, et qu'il y a plus ou moins de rapports entre leurs centres respectifs. La science du juriconsulte consiste à déterminer ces rapports, à démêler les lignes qui se confondent, à mesurer la portée du rayon; en un mot, à résoudre les problèmes de cette géométrie juridique et morale.

Les liens sociaux ou de famille, qui rapprochent les individus, mettent donc en contact leurs droits réciproques. Le mariage place les conjoints en présence l'un de l'autre; la succession héréditaire ou testamentaire, en remplaçant le défunt par l'héritier, peut modifier le droit de celui-ci par le droit de celui-là; et cette opposition, ce concours de droits divers, deviennent sensibles, surtout lorsque l'un des époux ou le défunt se trouve régi par un droit exceptionnel qu'il s'agit de concilier avec le droit commun dont peut se prévaloir l'autre époux ou l'héritier.

Ici, je me propose, pour compléter ce qui regarde le droit des personnes, d'examiner quelle influence la position commerciale de l'un des époux ou du défunt a sur les droits de

l'autre époux ou de l'héritier. Dans un cas, c'est un des conjoints qui partage jusqu'à un certain point la position de l'autre; dans l'autre cas, ce sont les droits et les obligations du défunt qui passent à son héritier; mais dans l'un comme dans l'autre, c'est toujours la position personnelle du commerçant qui réagit sur le droit et le modifie.

Occupons-nous d'abord des conjoints; nous passerons ensuite à l'examen de ce qui regarde les héritiers.

—

CHAPITRE I.

DES CONJOINTS DES COMMERÇANTS.

SOMMAIRE. — 213. Division du chapitre Ier.

313. En traitant du mariage des commerçants (1) et de la capacité des femmes pour faire le commerce (2), j'ai expliqué plusieurs des droits particuliers aux conjoints dont l'un a embrassé la profession commerciale. C'est ainsi qu'on a vu leurs obligations réciproques quant à leur contrat de mariage (3), et quant aux modifications que ce contrat peut recevoir dans la suite (4). C'est ainsi qu'on a vu encore comment le mari peut être engagé par les opérations de sa femme marchande publique (5); et aussi comment la femme peut être, en certains cas, obligée personnellement par la part qu'elle prend dans le commerce de son mari (6).

---

(1) Voy. *sup.*, tit. 2, chap. 3.
(2) Voy. *sup.*, tit. 3, chap. 4.
(3) Voy. *sup.*, n. 62 et suiv.
(4) Voy. *sup.*, n. 69 et suiv.
(5) Voy. *sup.*, n. 184 et suiv.
(6) Voy. *sup.*, n. 191 et suiv.

Pour compléter ce qui a déjà été dit à ce sujet, nous allons suivre les époux dans les divers régimes matrimoniaux entre lesquels la loi leur permet de choisir; puis ensuite nous examinerons les modifications profondes que l'état de faillite apporte aux droits généraux du conjoint du failli.

—

SECTION I. — DROITS GÉNÉRAUX DES ÉPOUX.

SOMMAIRE. — 314. Des divers régimes matrimoniaux. — 315. Liberté des conventions matrimoniales. — 316. Elles ne peuvent recevoir aucun changement après le mariage.— 317. Les époux peuvent-ils, pendant le mariage, contracter entre eux une société civile ou commerciale.— 318. Le régime de la communauté est le droit commun du mariage.— 319. Définition de la communauté. Ses caractères.— 320. Quels biens entrent en communauté.— 321. Actif de la communauté. Mobilier présent et futur. Produits de l'industrie des époux.— 322. Marchandises. Fonds de commerce.— 323. Offices vénaux.— 324. Droits de propriété littéraire ou artistique. Distinctions. — 325. *Quid?* des produits des droits d'auteur.— 326. *Quid?* des droits d'auteur en eux-mêmes.— 327. Droits de la veuve d'un auteur.— 328. Droits du mari d'une femme auteur. — 329. Application des règles qui précèdent aux brevets d'invention.— 330. Cession des droits d'auteur ou d'inventeur. — 331. Quand les actions sociales tombent-elles en communauté?— 332. Des navires.— 333. Produits des usines ou manufactures.— 334. Quand la communauté a-t-elle droit au produit des mines et carrières? — 335. La communauté ne comprend pas les choses mobilières distraites d'un immeuble. Outillage d'une manufacture. — 336. Des acquêts immobiliers. — 337. Passif de la communauté. Dettes. — 338. Les dettes de la communauté peuvent aussi être personnelles aux époux.— 339. Administration de la communauté. — 340. Le mari peut exercer les actions qui appartiennent à la femme.— 341. *Quid?* de l'administration du commerce de la femme, et des actions qui y sont relatives. — 342. Dissolution de la communauté. Séparation de biens.— 343. Liquidation. Créances de la communauté contre les conjoints; créances des conjoints contre la communauté. Reprises. — 344. Hypothèque légale. Renvoi. — 345. Hypothèque légale de la femme d'un associé.— 346. Mode d'exercice des reprises de la femme. — 347. Partage. Licitation. — 348. Licitation d'un fonds de commerce. — 349. Payement des dettes. Comment on reconnaît si les dettes sont antérieures à la dissolution de la communauté. — 350. Dettes résultant d'un compte courant. Distinctions.— 351. La femme ne peut être poursuivie que jusqu'à concurrence de son émolument, à moins qu'elle se soit obligée personnellement. Peut-elle être contrainte par corps? — 352. Renonciation à la communauté. — 353. Son effet relativement aux dettes — 354. Conditions de la renonciation. — 355. Modifications du régime de la communauté. — 356. De la communauté réduite aux acquêts.— 357. De la clause de réalisation ou d'apport.

— 358. De l'ameublissement. — 359. De la communauté universelle. — 360. De la séparation de dettes. — 361. De la clause de franc et quitte. — 362. De la reprise de l'apport malgré renonciation. — 363. Du préciput conventionnel. — 364. Du partage inégal. — 365. Régimes exclusifs de la communauté. — 366. Régime simplement exclusif de la communauté. — 367. Clause de séparation de biens. — 368. Régime dotal ; son caractère. Inaliénabilité de la dot. — 369. De la constitution de la dot. — 370. Inaliénabilité de la dot mobilière. — 371. Des paraphernaux. — 372. Des dettes. — 373. Aliénation de la dot pour tirer les époux de prison, ou pour payer les dettes antérieures de la femme. — 374. Conclusion. — 375. Compétence relativement aux veuves des commerçants. Renvoi.

314. Les droits des époux varient suivant le régime sous lequel ils ont contracté mariage.

Les différents régimes auxquels peuvent se soumettre les époux, se réduisent à deux principaux : le régime de la communauté et le régime exclusif de la communauté. L'un et l'autre se subdivisent : le régime de la communauté est susceptible de plusieurs modifications qui en étendent ou restreignent les effets ordinaires ; quant au régime exclusif de la communauté, il comprend le régime simplement exclusif de la communauté, le régime de la séparation de biens, et le régime dotal.

315. Toutes les conventions que peuvent faire les époux en se mariant rentrent nécessairement sous quelqu'un de ces régimes ; et ils peuvent faire toutes celles qu'ils jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux lois et aux bonnes mœurs (1).

316. C'est du reste un principe fondamental en matière de conventions matrimoniales, qu'elles ne peuvent recevoir aucun changement après le mariage, par la seule volonté des époux, quel que soit d'ailleurs le régime sous lequel ils se sont placés (2).

---

(1) C. civ., 1387.
(2) C. civ., 1395.

317. Il suit de là que, pendant le mariage, les époux ne peuvent contracter entre eux aucune société civile ou commerciale, puisque cette société, en modifiant leurs rapports et leurs droits respectifs, aurait nécessairement pour résultat de modifier les conventions matrimoniales qui auraient déjà réglé leurs rapports et leurs droits. M. Duvergier, en émettant la même opinion (1), semble la restreindre à la prohibition d'une société universelle; mais je ne vois aucune raison pour distinguer entre les sociétés universelles et les sociétés particulières, puisque les unes et les autres donnent aux époux, sur tout ou partie de leurs biens respectifs, des droits autres que ceux qu'ils puisent dans leurs conventions matrimoniales. Toute société d'ailleurs suppose, de la part de chacun des associés, la faculté d'aliéner, l'un au profit de l'autre, les choses mises en société; et on sait qu'il est de principe que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux (2). On sait aussi que toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, sont toujours révocables (3); et une société universelle ou particulière donnerait aux époux un moyen facile de se faire des avantages irrévocables déguisés sous la forme de gains sociaux.

M. Duranton commet sur la même question une autre erreur. Il reconnaît que les époux, mariés sous le régime de la communauté, ne peuvent mettre en société les biens exclus de la communauté, parce que, dit-il, ils ne peuvent changer en rien la communauté ordinaire qu'ils auraient d'abord établie, ou leurs autres conventions matrimoniales.

---

(1) *Du contrat de société*, n. 102.
(2) C. civ., 1595.
(3) C. civ., 1096.

Mais, ajoute-t-il, rien n'empêcherait les époux séparés de biens par le contrat de mariage, d'établir entre eux une société même universelle; car ils n'altéreraient en rien par là leurs conventions matrimoniales [1] : comme si les conventions matrimoniales n'étaient pas changées aussi bien lorsqu'on rend communs des biens dont une séparation de biens conventionnelle a laissé la propriété et la jouissance à chacun des époux, que lorsqu'on rend communs en les mettant en société des biens exclus de la communauté légale ou conventionnelle?

Mais cette prohibition d'entrer en société ne s'applique qu'au cas où il s'agit d'une association de personnes et de capitaux, et non au cas où il s'agit seulement d'une association de capitaux, par exemple de la prise d'actions dans une société anonyme ou dans une société en commandite. Il n'y a plus ici qu'un placement de fonds; et la circonstance que l'un des époux fait partie d'une société de cette nature n'est pas une raison pour en exclure l'autre.

318. A défaut de stipulations spéciales qui établissent et déterminent le régime sous lequel les époux entendent se placer, ils sont réputés avoir adopté le régime de la communauté, tel qu'il est réglé par le Code civil.

La communauté est donc le droit commun du mariage; de telle sorte que s'il n'y a pas de contrat de mariage, c'est la communauté qui en régit les effets; et que de plus, lors même qu'il y a un contrat de mariage qui substitue une communauté conventionnelle à la communauté légale, les conventions matrimoniales doivent être interprétées d'après les principes qui régissent la communauté légale [2].

319. La communauté légale est une société universelle de

---

(1) T. XVII, n. 347, note 1.
(2) M. Zachariæ, t. III, p. 406.

biens entre le mari et la femme, qui, sauf conventions contraires, est établie par le fait même du mariage, et qui ne se dissout que par la dissolution du mariage, ou par certaines causes particulières qui, sans dissoudre le mariage, en modifient judiciairement les conventions ([1]).

Cette société ou association conjugale est d'une nature toute particulière, et se distingue profondément des sociétés ordinaires, civiles ou commerciales. Elle s'en distingue et quant à son but et quant à sa constitution.

Quant à son but, la loi et la nature lui donnent pour base moins l'intérêt que l'affection. Comme l'a très bien fait remarquer un éminent jurisconsulte ([2]), la société ordinaire a pour but un profit à réaliser : l'association conjugale a en vue une famille à fonder. Cependant il faut bien le reconnaître, les hommes, avant d'entrer dans l'association conjugale, font partie de la grande société humaine, à laquelle la civilisation, les besoins qu'elle a créés, les exigences qu'elle a fait naître, ne permettent pas de négliger le profit et de séparer l'intérêt de l'affection. Le bonheur, la prospérité de la famille dont le fondement est le but principal de l'association conjugale, rendent nécessaire, à côté de l'union des personnes, l'association des fortunes et des capitaux. L'association conjugale devient dès-lors un *commerce*, dans l'acception la plus large de ce mot ([3]); et il arrive souvent, parce qu'il doit nécessairement en être ainsi, surtout dans le commerce proprement dit ([4]), que l'union des personnes n'est qu'un moyen d'associer les capitaux, et quelquefois même l'industrie des époux.

([1]) Voy. *sup.*, n. 169, et *inf.* n. 342.
([2]) M. Troplong, *Des sociétés*, n. 31.
([3]) Voy. t. I, n. 3.
([4]) Voy. *ibid.*

Quant à la constitution, la société conjugale diffère aussi des sociétés ordinaires; car tandis que dans les sociétés ordinaires les associés sont égaux en pouvoir, en ce sens que les uns et les autres ont une égale aptitude pour l'administration de l'entreprise, et peuvent les uns et les autres être investis du droit d'administrer, dans l'association conjugale, au contraire, le mari est investi du droit exclusif et inaliénable d'administrer le fonds commun, et même d'en disposer seul et sans le concours de la femme (1); et, comme nous le verrons bientôt, les obligations qu'il contracte seul obligent la communauté, tandis que les obligations de la femme ne lient la communauté qu'autant qu'elle s'oblige conjointement avec son mari ou avec son autorisation (2).

Du reste, il y a entre la société conjugale et les sociétés commerciales ce point de ressemblance que les unes et les autres forment une personne morale distincte de la personne même des associés, et qui a des intérêts propres. La communauté est en quelque sorte une tierce personne placée entre les deux époux (3). Cela est si vrai, que, dans toutes les actions qui intéressent la communauté, le mari procède valablement seul en sa qualité d'administrateur de la communauté, et qu'il

---

(1) C. civ., 1421.

(2) Voy. *sup.*, n. 191 et suiv.

(3) M. Delvincourt, t. I, p. 328 (édit. de 1813); M. Proud'hon, *De l'usufruit*, t. I, n. 279; M. Duranton, t. XIV, n. 96. — En sens contraire, M. Toullier, t. XII, n. 82; M. Zachariæ, t. III, p. 407, § 503 et note 1. — Cette opinion se conçoit de la part de M. Toullier, qui allait jusqu'à nier l'existence de la communauté; et on sait depuis longtemps que c'est là une des erreurs de sa vieillesse. Mais de la part de M. Zachariæ qui réfute M. Toullier sur ce dernier point, elle se conçoit beaucoup moins. M. Zachariæ se borne à dire que l'opinion qui voit dans la communauté une personne morale est si évidemment erronée, qu'il lui paraît superflu de la réfuter.... Elle est cependant partagée par trois des commentateurs du code civil.

n'est pas nécessaire de mettre en cause la femme co-propriétaire des biens qui la composent.

320. Quoique la communauté soit une société universelle, elle ne comprend cependant pas tous les biens des époux; elle ne comprend que tous les biens d'une certaine nature.

Elle n'est pas non plus chargée de toutes les dettes des époux; mais seulement de certaines dettes.

Comme dans toute société, les choses que comprend la communauté ou qui lui sont dues, en forment l'actif; ce qu'elle doit en forme le passif. Analysons ces deux éléments de sa composition.

321. Aux termes de l'article 1401 du Code civil, la communauté se compose activement, quant au mobilier, en premier lieu de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage; ensemble, ajoute le même article, de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire. Sur quoi, l'on peut se demander si cette disposition générale, quant aux meubles possédés par les époux au moment de la célébration du mariage, est aussi générale relativement aux meubles qui leur échoient pendant le mariage, et s'applique non seulement à ceux qui proviennent de donation ou de succession, mais encore à ceux qui ont une autre origine, par exemple aux produits de leur industrie. Mais il est constant que sur ce point il n'y a pas lieu de distinguer. L'esprit de la loi (1), conforme à l'ancienne jurisprudence, du parlement de Paris (2), a été de comprendre dans la communauté tout le mobilier présent et futur des époux (3). Il est manifeste, en effet, que la loi qui

(1) M. Locré, t. XIII, p. 180 et suiv.
(2) Pothier, *De la communauté*, n. 26.
(3) M. Toullier, t. XII, n. 93; M. Duranton, t. XIV, n. 106. «... Les

fait entrer dans la communauté les successions et les donations mobilières doit, à plus forte raison, y faire entrer les acquisitions mobilières faites par l'un ou par l'autre soit avec des revenus qui sont communs, ainsi que nous allons le voir tout à l'heure (1); soit avec les produits de leur travail commun, ou même du travail particulier de l'un d'eux, parce que, sous le régime de la communauté, toutes les forces particulières doivent converger vers un but commun qui est le bien-être de la famille. La mauvaise rédaction de l'article 1401 se ressent de l'imperfection de la plupart des dispositions du code sur les objets mobiliers. La fortune mobilière, il y a quarante ans, était loin d'avoir acquis les développements prodigieux auxquels elle est parvenue de nos jours; elle n'avait même pas encore fait soupçonner sa puissance; et nous aurons plus d'une fois l'occasion de remarquer l'incertitude et l'insuffisance du législateur à toutes les fois qu'il a eu à s'en occuper.

322. Les marchandises possédées par l'un ou l'autre des époux au moment du mariage tombent donc en communauté; et il en est de même de celles que l'un ou l'autre vient à acheter dans la suite. Il en est de même aussi d'un fonds de commerce (2): soit qu'il ait appartenu avant le mariage à l'un

---

meubles, disait M. Berlier, dans son *Exposé des motifs* au corps législatif, étaient régis diversement par les diverses coutumes : ainsi dans plusieurs, la communauté ne profitait que des meubles existants lors du mariage, tandis qu'ailleurs on ne faisait nulle distinction entre les meubles existants lors du mariage et ceux qui échéaient pendant son cours. Notre projet a adopté cette dernière vue, et si vous lui accordez votre sanction, la communauté conjugale embrassera, outre les acquets, les meubles respectifs des époux *présents et futurs* ....»

(1) Voy. *inf.*, n. 333.

(2) Voy. *inf.*, liv. IV, sur le point de savoir si un fonds de commerce doit être considéré comme meuble ou comme immeuble.

ou à l'autre des époux, soit qu'il ait été acquis pendant le mariage, soit qu'il ait été formé avec leur industrie, c'est un meuble qui tombe dans la communauté; et comme il n'y a à cet égard aucune distinction à faire entre les meubles corporels et les meubles incorporels, il faut en conclure qu'un fonds de commerce tombe dans la communauté, non-seulement quant aux marchandises, mais aussi quant à l'achalandage. Il en serait ainsi alors même qu'il s'agirait d'un commerce qui ne peut être fait sans autorisation préalable : celle que l'époux propriétaire du fonds aurait reçue ne ferait aucun obstacle au droit de co-propriété de l'autre époux. C'est ce qui a été jugé implicitement du moins par la cour de cassation le 29 novembre 1842 (1), relativement à la clientèle d'un pharmacien, et c'est ce qu'on devrait décider relativement à tous les commerces privilégiés (2).

323. Il en est encore ainsi des offices vénaux tels que ceux d'agent de change ou de courtier, possédés par le mari avant le mariage, ou acquis par lui à une époque postérieure (3). Quant à ceux qui sont gratuitement conférés au mari pendant le mariage, il n'y a aucune raison pour qu'il en soit autrement, puisque tous les meubles échus aux époux pendant le mariage tombent dans la communauté, quelle que soit leur origine, même lorsqu'ils proviennent de donation : ce qui comprend évidemment les meubles de toute nature acquis à titre gratuit, aussi bien que ceux qui sont acquis à

(1) Dev. et Car., 42, 1, 899.

(2) Aux termes de l'art. 55 du règlement du 18 février 1723 non abrogé (Cass., 2 juin 1827 ; S. 27, 1, 466 ; Dall., 27, 1, 263), la veuve non remariée d'un libraire breveté, peut continuer le commerce de la librairie, sans être tenue d'obtenir un nouveau brevet.

(3) M. Toullier, t. XII, n. 112; M. Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Communauté*, n. 82; M. Duranton, t. XIV, n. 130.

titre onéreux (1). Et je pense qu'on doit décider ainsi alors même que, par le contrat de mariage, les époux auraient exclu de la communauté tout ce qui leur adviendrait par donation, car tout profit gratuit n'est pas une donation, et le gouvernement, qui accorde gratuitement un office, fait un acte d'administration qui n'a de sa part aucun caractère de libéralité (2), Il n'y aurait lieu d'exclure de la communauté l'office conféré gratuitement au mari que si le contrat de mariage excluait lui-même de la communauté tout ce qui adviendrait aux époux par donation ou *autrement* (3), puisque cette expression *autrement* comprend évidemment dans sa généralité tous les titres lucratifs par lesquels les biens peuvent parvenir aux époux pendant le mariage (4).

324. Ici se présente une question fort délicate, c'est celle de savoir si les droits de propriété littéraire ou industrielle acquis par l'un des époux avant ou pendant le mariage, tombent dans la communauté (5).

Il faut d'abord distinguer entre ceux de ces droits qu'on peut considérer comme personnels à l'un des époux en sa qualité d'auteur ou d'inventeur; et ceux qui font partie de leur fonds de commerce ou de leur industrie, tels que les droits d'auteur ou d'inventeur dont ils se sont rendus cessionnaires.

Occupons-nous d'abord des droits personnels à l'un des époux, et en premier lieu des droits d'auteur.

La loi du 19 juillet 1793 accorde en cette matière, aux

---

(1) Agen, 2 décembre 1836, (Dev. et Car., 37, 2, 141).
(2) Douai, 15 nov. 1833 (Dev. et Car., 34, 2, 189).
(3) Metz, 24 décembre 1833 (Dev. et Car., 36, 2, 253).
(4) Pothier, *De la comm.*, n. 323.
(5) Sur le caractère mobilier de ces différents droits. Voyez *inf.*, liv. IV.

auteurs d'écrits en tous genres, aux compositeurs de musique, peintres, dessinateurs, sculpteurs, un droit exclusif au produit de leurs œuvres pendant toute leur vie. D'après cette même loi, le privilège se continuait pendant dix ans au profit des héritiers, après la mort de l'auteur. Mais l'article 39 d'un décret postérieur, du 5 février 1810, ajoute à ces premières dispositions que le droit de propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve pendant leur vie, si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnent le droit, et à leurs enfants pendant vingt ans. C'est dans ces dispositions que se trouve le siège des difficultés qu'il s'agit de résoudre.

Faisons d'abord abstraction de l'article 39 du décret de 1810, uniquement relatif aux droits des veuves qui survivent à leurs maris, et complètement étranger au réglement de la communauté, pour ne nous occuper, en premier lieu, que de ce qui se passe pendant la vie des époux, ou après le décès de la femme dont le mari est auteur.

325. Il y a deux choses à distinguer dans les droits d'auteur: d'abord le privilège ou plutôt le droit en lui-même, c'est-à-dire, le droit exclusif d'exploitation et le produit de ce droit.

Quant au produit de ce droit, c'est-à-dire, quant au produit des éditions faites avant ou pendant le mariage, c'est une valeur mobilière que rien ne distingue des autres valeurs mobilières, et qui, comme tout le mobilier possédé par les époux avant le mariage ou échu pendant le mariage, tombe dans la communauté. Je ne crois pas qu'il puisse y avoir de difficulté sur ce point (1).

326. Mais il en est autrement quant au droit en lui-même. Ce droit constitue sans doute une valeur mobilière; mais sa

---

(1) M. Toullier, t. XII, n. 116; M. Duranton, t. XIV, n. 152; M. Renouard, *Traité des droits d'auteurs*, t. II, n. 129.

nature particulière et exceptionnelle l'exclut de la communauté. C'est un droit exclusif attaché à la personne de l'auteur, chez lequel, ainsi que le dit fort bien M. Renouard (1), cette qualité n'est point effacée par la qualité d'époux ; et on ne concevrait pas comment, après la dissolution de la communauté, l'époux auteur pourrait se trouver privé, contre sa volonté, de la moitié d'un droit que la loi lui attribue exclusivement, ou forcé de le racheter pour en rester seul propriétaire. Ce droit en lui-même ne tombe donc pas dans la communauté (2) ; et par voie de conséquence on doit en dire autant du prix de cession de ce droit vendu par l'époux auteur pendant le mariage; ou du moins ce prix ne tombe dans la communauté que sauf récompense à prélever par l'époux auteur lorsque la communauté est dissoute, suivant les règles tracées par les articles 1633 et suivants du Code civil (3).

Quant au prix du droit vendu avant le mariage; comme le droit n'existe plus au moment où le mariage est célébré, et qu'il s'est transformé en une valeur mobilière dont son origine ne change pas la nature, je pense qu'il suit la règle générale posée par l'article 1401 du Code civil, et qu'il tombe dans la communauté.

Lors donc que le conjoint de l'époux auteur vient à décéder, le droit non vendu, de même que le prix de ce droit vendu pendant la communauté, dont les produits sont entrés dans la communauté, continuent d'appartenir exclusivement au survivant.

327. Si au contraire l'époux auteur vient à décéder le

---

(1) *Loc. cit.*

(2) M. Renouard, t. II, n. 129; M. Toullier, t. XII, n. 116; M. Pardessus, t. I, n. 111.—*Contrà*, M. Duranton, t. XIV, n. 132; M. Zachariæ t. III, p. 413.

(3) *Contrà*. M. Toullier, t. XII, n. 116.

premier, on entre dans un autre ordre d'idées, régi par l'article 39 du décret du 10 février 1810. Et ici il faut distinguer entre le cas où c'est le mari qui est auteur, et celui où c'est la femme.

En cas de prédécès du mari auteur, le décret de 1810 garantit à sa femme la jouissance du droit de propriété, si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnent le droit.

Mais dans quel cas ce droit naît-il des conventions matrimoniales? C'est ce que la loi ne dit pas.

Il n'est pas douteux d'abord que la loi, en parlant de conventions matrimoniales qui donnent à la veuve le droit de jouir, pendant sa vie, des droits d'auteur appartenant à son mari, n'a pu entendre parler de conventions matrimoniales qui le lui accordent d'une manière expresse : car, alors, le législateur se serait borné à autoriser une stipulation de cette nature. Il n'est pas douteux non plus qu'il n'a pas voulu accorder ce droit à la femme, dans tous les cas où il ne lui serait pas expressément refusé; car alors il eût été plus simple de dire que le droit appartiendrait toujours à la veuve sauf conventions contraires. Il est donc manifeste que la loi a voulu dire que la veuve aurait droit à la jouissance de la propriété littéraire dans tous les cas où la nature de ses conventions matrimoniales, ou du régime sous lequel le mariage aurait été contracté n'y résisterait pas.

Mais j'avoue que je rencontre ici une difficulté inextricable et dont il m'est impossible de sortir à l'aide du texte seul de l'article 39 du décret du 5 février 1810. Si, en effet, les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le droit que ce régime confère aux époux sur leurs meubles réciproques est ici sans influence, puisque j'ai déjà établi que les droits de propriété littéraire ne tombent pas en communauté; si les

époux sont mariés sous un régime exclusif de la communauté, ils ne peuvent se trouver, relativement à ces droits, dans une position meilleure que s'ils étaient communs en biens, et ne peuvent y avoir plus de droits dans un cas que dans l'autre; de telle sorte qu'à vrai dire, dans la rigueur des principes et de leurs déductions logiques, la veuve ne peut jamais trouver dans la nature seule de ses conventions matrimoniales, ou dans le régime sous lequel elle s'est mariée, un droit à une propriété ou à des biens que leur nature tient toujours en dehors de ces conventions tant qu'elles ne s'en expliquent pas d'une manière expresse.

Cependant la loi a voulu dire quelque chose.

Un auteur, M. Parent ([1]), en s'appuyant sur des renseignements qui lui ont été fournis personnellement par M. Locré, et desquels il résulte que l'intention des rédacteurs du décret de 1810, aurait été de se borner à exclure la femme, lorsque le régime sous lequel elle est mariée ne lui permet de rien prétendre sur les biens de son mari, pense en conséquence que la veuve doit jouir du droit que ce décret lui assure, dans tous les cas où son contrat de mariage n'est pas exclusif de la communauté en général, ou spécialement du droit de propriété sur les ouvrages de son mari.

Tel me paraît en effet le but probable du décret; et malgré l'insuffisance de ses termes, je pense que c'est à cette explication qu'il faut se rattacher, tout en regrettant une obscurité si complète, qui ne peut s'expliquer que par une grande inattention, ou par une grande inexpérience de la nature même de la chose qu'il s'agissait de réglementer ([2]).

328. En cas de prédécès de la femme auteur, le mari peut-il

([1]) *Lois de la Presse*, suppl., p. 438.
([2]) M. Renouard, *ubi sup.*, n. 129 et 150.

profiter de la disposition de l'article 39 du décret de 1810? Évidemment non. Le texte est formel : il ne parle que de la veuve; et le mari ne peut dès-lors prétendre à un droit qui ne fait pas partie de la communauté, et dont la femme ne trouve le principe que dans la disposition exceptionnelle de ce décret (1). Un auteur (2) se prononce en faveur du droit du mari, par le motif « que la loi ne s'est occupée que du cas qui lui a paru le plus ordinaire, mais que les raisons sont évidemment les mêmes pour le mari et pour la femme. » L'identité de raison ne serait un motif suffisant d'attribuer au mari le même droit qu'à la femme, que s'il y avait doute sur le sens de la loi. Mais ici elle est claire et précise. Je ne sais pas d'ailleurs jusqu'à quel point il est vrai de dire que les raisons sont les mêmes pour le mari et pour la femme. Le mari, artiste ou littérateur, a rarement d'autre fortune que le produit de ses ouvrages : il était juste dès-lors de faire partager cette fortune à sa veuve et de lui en assurer la survivance. Rien n'empêche au contraire que le mari d'une femme auteur ou artiste ait une industrie qui lui soit propre; il peut donc ne pas avoir les mêmes besoins que sa femme, et partant ne pas jouir des mêmes droits, quelque convenance qu'il pût d'ailleurs y avoir à les lui accorder.

Pour nous résumer en ce qui concerne les droits d'auteurs, il faut reconnaître que les produits seuls de la propriété littéraire ou artistique entrent en communauté; qu'après le décès de l'époux auteur, la communauté n'a plus aucun droit ni à cette propriété, ni à ces produits; que si le mari auteur prédécède sa femme, celle-ci jouit de la propriété pendant toute

---

(1) M. Renouard, n. 135.
(2) M. E. Blanc, *De la contrefaçon*, Voy. aussi M. Pardessus, n. 111.

sa vie ; enfin, que si la femme auteur prédécède son mari, celui-ci n'a aucun droit à prétendre sur la propriété littéraire ou artistique qui appartenait à sa femme.

329. Je passe maintenant aux droits de propriété industrielle consacrés par un brevet d'invention [1]; et sur ce point il me reste peu de chose à dire.

Il faut ici, comme en matière de propriété littéraire, distinguer entre le droit lui-même et l'usage du droit; exclure, par les mêmes motifs, le droit de la communauté, et y faire entrer les produits. En conséquence, lorsque la durée d'un brevet d'invention n'est pas encore expirée lors du décès de l'époux qui l'a obtenu, le survivant ne peut prétendre au droit exclusif qui passe aux héritiers du décédé pour toute la durée dont aurait profité l'inventeur, s'il eût vécu.

330. Il en est autrement lorsqu'il s'agit non des droits personnels de l'auteur, de l'inventeur ou de leurs conjoints, mais de ceux de leurs cessionnaires, c'est-à-dire des époux dont l'un s'est rendu cessionnaire des droits d'un auteur ou d'un inventeur.

Comme ici il ne s'agit plus d'un droit exclusif ou personnel à celui qui en est propriétaire en qualité d'auteur ou d'inventeur, mais d'un droit qui a été acquis comme objet d'exploitation et de commerce, qui entre dans le fonds de commerce ou d'industrie de l'exploitant, on doit décider qu'il tombe dans la communauté comme le fonds de commerce dont il fait partie, non-seulement pour les produits, mais encore pour le droit en lui-même. Il n'y a aucune contradiction entre cette solution et celle que j'ai donnée plus haut dans l'hypothèse où le droit se trouve possédé par l'auteur ou par l'inventeur,

---

(1) Voy. *inf.*, liv. IV.

parce que le caractère personnel de ce droit, qui était alors la raison de décider, disparait quand le droit a été cédé par l'auteur; le cessionnaire puise alors son droit dans la cession, qui est un titre ordinaire, et qui n'a rien de personnel, tandis que l'auteur ou l'inventeur puise le sien dans la création de sa pensée et l'invention de son esprit.

331. Parmi les objets qui tombent dans la communauté, il faut comprendre les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, quand ils doivent être réputés meubles, suivant ce qui sera expliqué plus tard (1).

332. On doit aussi y comprendre les navires (2).

333. Aux termes de l'article 1401, n° 2 du Code civil, l'actif de la communauté se compose encore de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit (3). Ainsi, les revenus des fabriques, des usines tombent dans la communauté, lors même qu'elles n'en font pas partie, comme ceux des immeubles ordinaires.

334. La communauté est donc en quelque sorte usufruitière des biens propres aux époux; d'où il suit qu'elle n'a droit aux produits des mines ou carrières qui se trouvent dans un fonds que dans le cas où un usufruitier ordinaire y aurait droit, c'est-à-dire si elles étaient exploitées avant le mariage. Si les mines ou carrières n'ont été ouvertes que pendant le mariage, le produit n'en tombe dans la communauté

---

(1) C. civ., art. 529. Voy. *inf.*, liv. IV.
(2) Voy. *ibid.*
(3) Sur les diverses espèces de fruits. Voy. *inf.*, liv. IV.

que sauf récompense ou indemnité à l'époux propriétaire du fonds ([1]).

335. Du reste, la disposition du n° 2 de l'article 1401 doit être restreinte aux fruits ou revenus des biens, et ne peut s'appliquer aux choses mobilières distraites d'un immeuble propre à l'un des époux, et qui en diminuent la valeur, parce que la communauté ne peut s'enrichir au préjudice de l'un ou de l'autre des époux ([2]). Ainsi, les machines, instruments d'exploitation ou outils distraits d'une fabrique ou d'une usine propre à l'un des époux ne font pas partie de la communauté. Si ces objets sont vendus, et que le prix en ait été versé dans la communauté, il en est dû récompense.

336. Enfin, aux termes du n° 3 du même article 1401, l'actif de la communauté se compose encore de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage, c'est-à-dire de tous les immeubles dont la propriété ou la possession est échue aux époux pendant le mariage, à tout autre titre qu'à titre de donation ou de succession ([3]).

Il suit de là que la propriété immobilière des fabriques et usines qui, à moins de conventions contraires, reste propre à celui des époux qui les possède avant la célébration du mariage, tombe dans la communauté si ces immeubles ont été acquis pendant le mariage par les époux en commun ou par l'un d'eux.

Il en est de même des actions qui doivent être réputées immobilières, dans des compagnies de commerce ou de finance, suivant les distinctions que nous indiquerons plus tard ([4]).

([1]) C. civ., art. 1403. Voy. *inf.*, liv. IV.
([2]) C. civ., art. 1437.
([3]) C. civ., 1602.
([4]) Voy. *inf.*, liv. IV.

De même aussi des mines; quant aux actions sur les mines qui sont meubles, ainsi que nous le verrons également ([1]), elles entrent de toute façon dans la communauté, soit comme meubles, soit comme acquêts.

337. Tels sont les éléments dont se compose l'actif de la communauté. Voyons maintenant de quoi se compose le passif.

Aux termes de l'article 1409 du Code civil, la communauté se compose passivement, en outre de ce qui constitue les charges du mariage; d'abord, de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage, et ensuite, des dettes, tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractées par le mari pendant la communauté ou par la femme du consentement du mari. Parmi les dettes antérieures à la célébration du mariage, il faut nécessairement comprendre celles que l'un ou l'autre des époux aurait contractées dans le commerce par lui fait avant le mariage, sans distinction entre le cas où il s'agit des dettes du mari ou de celles de la femme, parce qu'avant le mariage la femme était aussi libre que le mari sous la puissance duquel elle n'était pas encore. Au contraire, les dettes, mêmes commerciales, de la femme, postérieures à la célébration du mariage, ne sont à la charge de la communauté qu'autant qu'elle a été autorisée par son mari, soit spécialement pour les contracter, soit généralement à faire le commerce, suivant les règles que nous avons déjà developpées plus haut ([2]). Et comme la femme qui, pendant le mariage, ne peut obliger la communauté sans y être autorisée, pourrait, en antidatant frauduleusement ses obligations, faire remonter à une

---

([1]) Voy. *ibib.*
([2]) Voy. *sup.*, n. 183.

époque antérieure à la célébration du mariage des dettes qui, en réalité, sont postérieures, l'article 1410 du Code civil dispose que la communauté n'est tenue des dettes contractées par la femme avant le mariage qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la même époque une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs des signataires de l'acte, soit par la constatation de leur substance dans un acte public (1). Mais cette disposition est-elle applicable aux dettes que la femme a contractées dans son commerce antérieurement au mariage, et dont la date certaine serait déterminée seulement par des moyens particuliers aux matières commerciales? C'est ce que j'examinerai plus tard en traitant des contrats et obligations en général.

338. Du reste, il ne faut pas perdre de vue que les dettes de la communauté peuvent aussi être des dettes personnelles aux époux; c'est-à-dire, qu'en certains cas, elles peuvent être poursuivies, non-seulement sur les biens de la communauté, mais encore sur les biens personnels aux conjoints. C'est ainsi que toutes les dettes de la communauté sont en même temps personnelles au mari, quelle que soit leur origine, et alors même qu'il s'agit des dettes de la femme grevant la communauté (2); et que les dettes contractées par la femme avec l'autorisation de son mari, ou pour le fait du commerce qu'elle exerce publiquement, sont à la fois dettes personnelles à la femme, et dettes de la communauté (3).

339. La communauté ainsi composée, activement et pas-

---

(1) C. civ., 1428; M. Toullier, t. XII, n. 202; M. Duranton, t. XIV, n. 229, note 1; M. Zachariæ, t. III, p. 432, note 13.

(2) C. civ., 1419.

(3) C. civ., 1426. Voy. *sup.*, n. 184.

sivement, est administrée par le mari qui, seul et sans le concours de la femme, peut vendre, aliéner et hypothéquer les biens qui en dépendent, alors même qu'ils auraient été apportés par elle (1); mais qui ne peut disposer entre-vifs, à titre gratuit, des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. Il peut néanmoins disposer des effets mobiliers, à titre gratuit et particulier, au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit (2). Quant aux biens personnels de la femme, il n'en a que l'administration, et il ne peut les aliéner sans son consentement (3).

340. Il suit de là qu'en règle générale le mari peut exercer seul les actions concernant les biens communs; que ces actions sont valablement intentées contre le mari seul; qu'il peut seul acquiescer aux demandes relatives à ces biens ou transiger sur les procès qui sont la suite de ces demandes; et que, quant aux biens personnels de la femme, il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. La loi le déclare même responsable de tout dépérissement des biens personnels de la femme, causé par défaut d'actes conservatoires (4).

341. Ces différentes règles sont-elles applicables au commerce séparé que fait la femme marchande publique, aux objets de ce commerce et aux actions qui y sont relatives, de telle sorte que le mari puisse avoir l'administration du fonds de commerce, en disposer, l'aliéner, et exercer seul en demandant ou en défendant les actions de la femme?

---

(1) C. civ., 1421.
(2) C. civ., 1422.
(3) C. civ., 1428.
(4) *Ibid.*

L'affirmative semble résulter au premier abord des principes généraux et des dispositions qui viennent d'être analysées. Le fonds de commerce est meuble; les marchandises sont meubles; les actions qui y sont relatives sont mobilières; le fonds, les marchandises, les actions tombent dans la communauté : il semble donc que la conclusion la plus naturelle est que le mari peut administrer l'un et exercer les autres.

Mais on y regardant de plus près, on est conduit à un tout autre résultat.

Le fonds de commerce de la femme marchande publique, les actions qui y sont relatives font partie de la communauté, cela est vrai. Néanmoins, la nature des choses et la force de certains principes particuliers, soustraient ces biens à l'application des principes généraux et les place dans une catégorie toute particulière.

De quoi s'agit-il? du commerce de la femme marchande publique. Or, nous l'avons déjà vu (1), et c'est la disposition textuelle de l'article 220 du Code civil, et de l'article 5 du Code de commerce, la femme n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce *séparé*. C'est donc la *séparation* entre le commerce de la femme et les affaires du mari qui lui donne le caractère de femme marchande publique, et cette séparation ne peut évidemment exister qu'autant que le mari ne s'ingère pas dans l'administration de ce commerce et dans l'exercice des actions qui s'y rattachent. Si le mari administrait le fonds de commerce, il deviendrait commerçant lui-même, et la femme ne serait plus marchande publique, parce qu'elle ne ferait alors que détailler les mar-

(1) Voy. *sup.*, n. 187.

chandises du commerce de son mari; et comme il ne peut exercer les actions qu'en qualité d'administrateur, il faut nécessairement reconnaître que, dès qu'il ne peut administrer, il ne peut agir seul activement ou passivement dans l'intérêt de sa femme. Peu importe que le fonds de commerce fasse partie de la communauté; il n'en fait partie que sous cette condition de séparation sans laquelle ce ne serait plus le fonds de commerce de la femme, mais le fonds de commerce du mari. De ce que les profits tombent dans la communauté qui est tenue des dettes, il faut sans doute conclure que le mari a un droit de surveillance; mais la surveillance n'est pas l'administration. La surveillance du mari s'exerce par ses conseils, quand il y a lieu, et par le retrait de la faculté de faire le commerce, si ses conseils ne sont pas écoutés (1); enfin par l'assistance qu'il doit à sa femme lorsqu'elle este en jugement (2). Tous les intérêts sont donc protégés; ceux de la femme, comme ceux du mari et de la communauté, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des moyens qui seraient incompatibles avec la position particulière que la loi fait à la femme marchande publique.

Réciproquement de ce que le mari ne peut administrer le fonds de commerce de la femme, ni agir seul dans son intérêt ou pour sa défense, il faut conclure qu'il ne saurait être responsable des pertes que la femme aurait souffertes par défaut d'actes conservatoires, à la différence des cas où il s'agit du dépérissement de ceux des biens personnels de la femme dont le mari a l'administration (3).

Du reste, lorsque la femme a cessé son commerce et qu'il

---

(1) Voy. *sup.*, n. 171.
(2) Voy. *sup.*, n. 177.
(3) C. civ., 1428.

ne reste plus qu'à liquider les opérations antérieures et à en suivre la conclusion, lès causes particulières qui empêchaient l'administration du mari n'existant plus, les règles générales reprennent leur empire, et quant à l'administration, et quant à l'exercice des actions et conséquemment quant à la responsabilité.

342. Les droits des époux sur la communauté se réalisent lors de la liquidation qui en est faite après sa dissolution.

La communauté se dissout par la mort naturelle ou civile de l'un des époux (1), et par la séparation de biens, soit qu'elle résulte d'une séparation de corps, soit qu'elle ait été prononcée sur une demande directe (2).

Il est à remarquer, en ce qui touche la séparation de biens, que, pendant l'instance, les droits du mari, comme chef et administrateur de la communauté, sont suspendus et qu'il ne peut plus disposer, dès-lors, des biens de la communauté sans le concours de sa femme (3). C'est ce qui a été jugé par la cour royale de Rennes, le 3 juillet 1841, relativement à un fonds de commerce (4).

343. Pour parvenir à la liquidation qui est la suite de la dissolution, et au partage, on compose l'actif et le passif de la communauté d'après les règles ci-dessus posées; et, pour déterminer la consistance définitive de l'actif, on y réunit ce que les conjoints peuvent devoir à la communauté, et on en retranche ce que chacun d'eux a le droit de reprendre ou de prélever, d'après les règles qui suivent.

Les créances de la communauté contre les conjoints con-

---

(1) Voy. *sup.*, n. 153 et suiv.
(2) Voy. *sup.*, n. 69.
(3) M. Massol, *De la séparation de corps*, p. 171.
(4) Dev. et Car., 41, 2, 548.

sistent soit dans les choses que les conjoints devaient apporter et qu'ils n'ont pas réalisées, soit dans les profits que l'un d'eux a faits aux dépens de la communauté et dont il doit récompense ou indemnité; soit dans le montant des dettes personnelles à l'un des époux qui ont été acquittées par la communauté.

Les droits des époux contre la communauté consistent dans les reprises que chacun d'eux peut exercer par forme de prélèvement et avant tout partage des immeubles, et des objets ou des valeurs mobilières qui leur sont propres, ainsi que des indemnités ou récompenses qui leur sont dues à divers titres (1). Il est à remarquer sur ce point que les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari (2), et qu'ils peuvent s'exercer en cas d'insuffisance des biens de la communauté sur les biens personnels du mari, tandis que le mari ne peut exercer de reprises que sur les biens de la communauté (3). De plus, la femme a, tant sur les biens de la communauté que sur les biens de son mari, une hypothèque légale pour le montant de ses reprises matrimoniales, qui lui donne le droit de primer tous les créanciers, même ceux ayant une hypothèque ordinaire antérieure en date à l'inscription de l'hypothèque légale (4).

344. En traitant plus tard des privilèges et hypothèques, nous examinerons les conditions et les effets de l'hypothèque légale. Nous verrons bientôt, en traitant des droits des conjoints en cas de faillite, les résultats de la faillite du mari sur l'hypothèque légale de la femme (5).

---

(1) Voy. *sup.*, n. 326, 334.
(2) C. civ., 1471.
(3) C. civ., 1472.
(4) C. civ., 2121.
(5) Voy. la section suivante.

345. Du reste, faisons remarquer, dès à présent, que la femme d'un associé n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de la société. Elle ne peut exercer ses droits que sur la part qui, après la dissolution et la liquidation de la société, a été attribuée à son mari. C'est un point sur lequel nous revien- plus tard en traitant du Contrat de société.

346. La femme commence par reprendre ceux de ses biens qui existent en nature. Quant aux biens qui n'existent pas en nature et aux autres reprises, les prélèvements s'exercent d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté (1). Mais rien n'empêche que cet ordre soit interverti du consentement commun des époux ou de leurs représentants. Rien n'empêche par exemple, en cas de séparation de biens, que le mari abandonne à la femme, qui l'accepte, soit un ou plusieurs immeubles pour ses reprises, soit encore des valeurs mobilières, telles qu'un fonds de commerce. Dans ce cas, la femme deviendrait propriétaire, à moins de conventions contraires, et de l'achalandage et des marchandises.

347. Les prélèvements opérés, l'actif est partagé par moitié entre les époux, à moins de conventions contraires sur la quotité de leurs parts réciproques. S'ils ne s'entendent pas pour le partage, ou si les biens de la communauté sont impartageables, il y a lieu de les liciter, c'est-à-dire de les vendre aux enchères. Le prix en est alors partagé entre les époux, qui peuvent se rendre l'un ou l'autre adjudicataires des biens mis en vente, sauf à faire entrer le prix d'acquisition en ligne de compte de ce qui leur est dû, s'il est inférieur à la part qui doit leur revenir, ou à payer une soulte s'il y a de l'excédant.

---

(1) C. civ., 1471.

348. Le fonds de commerce et les marchandises qui en dépendent peuvent alors être vendus comme tous les autres biens, soit qu'ils entrent dans la communauté du chef du mari, soit qu'ils y entrent du chef de sa femme marchande publique. Dans ce cas encore et à moins de conventions contraires résultant, soit d'une réserve expresse, soit d'un inventaire détaillant les marchandises vendues, la vente du fonds de commerce comprend toutes les marchandises qui deviennent la propriété de l'époux acquéreur, et sur lesquelles l'autre époux ou ses représentants n'ont plus aucun droit à exercer (1).

349. S'il restait encore à payer des dettes communes échues avant ou depuis la dissolution de la communauté, chacun des époux ou leur représentant en serait tenu pour moitié et se trouverait conséquemment exposé aux poursuites que pourraient diriger contre lui les créanciers non payés. Il n'y a nulle difficulté sur le principe; mais il peut y en avoir sur l'application, par exemple, lorsqu'il s'agit de déterminer si une dette contractée par le mari ou par la femme dans leur commerce respectif est antérieure ou postérieure à la dissolution de la communauté. En général c'est à la cause immédiate de la dette qu'il faut s'attacher pour en reconnaître la date. Si la cause immédiate de la dette est antérieure à la dissolution, il importe peu que l'échéance soit postérieure ou même que le titre ait une date postérieure : la dette a été en réalité contractée pendant la communauté, ce qui suffit pour qu'après la dissolution de la communauté, elle doive être payée par les époux entre lesquels la communauté a été partagée.

Mais il y a certains cas dans lesquels il est moins facile de résoudre la question.

---

(1) M. Toullier, t. XIII, n. 113.

350. Supposons que l'un des époux soit en compte-courant avec un tiers. Ici plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

Le compte-courant, comme je l'expliquerai plus tard, est une sorte de contrat de *prêt réciproque* (1) que deux correspondants conviennent de se faire, au moyen de remises successives en effets ou en marchandises, avec stipulation qu'à une époque fixée, les remises faites de part et d'autre seront additionnées, les totaux comparés l'un à l'autre, et que la différence constituera une créance définitive au profit de celui qui a fait les remises les plus fortes, contre celui qui a fait les remises les plus faibles.

Si le compte-courant est arrêté aussitôt après la dissolution de la communauté et ne comprend que des remises faites ou reçues avant cette dissolution, sa balance constitue une dette ou une créance de la communauté, selon qu'elle lui est favorable ou défavorable. Ici pas de doute possible. Si au contraire le compte-courant se continue après la dissolution de la communauté, il est bien évident que les remises postérieures à cette dissolution ne peuvent profiter ou nuire qu'à l'époux qui les a faites ou reçues, et jamais à son conjoint ou à ses représentants auxquels elles sont étrangères. Mais que doit-on décider relativement aux remises antérieures?

De deux choses l'une : ou le compte-courant, au lieu d'être définitivement arrêté après la dissolution de la communauté, se continue après l'arrêté de compte qui se borne à en éta-

---

(1) Suivant MM. Delamarre et Lepoitvin, dans leur excellent *Traité du contrat de commission*, t. II, n. 495, le contrat de compte-courant ne serait pas un contrat de prêt. Mais je crois que le dissentiment qui nous sépare est plutôt dans les mots que dans les choses. Je reviendrai là-dessus quand j'aurai à expliquer la nature et les effets généraux du compte-courant.

blir la balance, de telle sorte que la différence, au lieu d'être soldée, devient le premier article d'un compte nouveau; ou le compte-courant n'est même pas balancé et se continue sur les premiers errements.

Je n'hésite pas à penser que dans le premier cas, c'est-à-dire quand le résultat de la balance qui constitue un des époux débiteurs est reportée à un compte nouveau, qui continue avec cet époux, l'autre époux ou ses représentants ne peuvent être tenus envers les créanciers en fin de compte arrêté plus tard, définitivement, du payement de la différence existant au moment de la dissolution de communauté, parce qu'alors il s'est opéré une novation qui a libéré la communauté. En effet, chaque remise constituant un prêt, il faut en conclure que lorsqu'après règlement de compte la balance ou le reliquat est reporté à un compte nouveau qui continue le premier, et dont cette balance devient le premier article, ce reliquat devient lui-même une remise, c'est-à-dire un prêt. Le créancier, qui aurait pu exiger le payement de cette balance, la laisse alors entre les mains du débiteur à titre de nouveau prêt; et de là résulte la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne, qui se trouve éteinte conformément au n° 1er de l'article 1271 du Code civil, aux termes duquel l'extinction d'une dette par la novation s'opère, lorsque le débiteur contracte avec son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne. « Par exemple, dit M. Toullier (1), je vous dois 10,000 fr. sur l'hypothèque du fonds Cornélien, et sous le cautionnement de Paul, payables dans un an, en vertu d'actes du 1er janvier. Nous convenons, le 1er février, que je vous payerai dans six mois, et qu'en conséquence l'acte du 1er janvier demeure éteint et comme non avenu... » Il y a là nova-

(1) Tome VII, n. 271.

tion; la première dette est éteinte, et avec elle le cautionnement et l'hypothèque. C'est précisément là ce qui arrive lorsque la balance d'un compte constitutif d'une dette exigible est reportée à un compte nouveau pour devenir un prêt; la première dette est éteinte, et si elle était due par deux personnes, le créancier, qui consent à la novation en reportant la créance à un compte nouveau par lequel il ne doit plus avoir qu'un débiteur, perd par là tout recours contre celui qui était co-débiteur de la dette éteinte. Aussi a-t-il été jugé, par application de ces principes généraux, que celui qui, porteur d'une obligation souscrite par deux époux, accepte en payement, pour la totalité, et du mari seul, un immeuble propre à ce dernier, est réputé consentir novation de la dette, tellement que si plus tard il vient à être évincé de l'immeuble, il n'a plus aucune action contre la femme ou contre ses héritiers (1). Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 5 janvier 1835 (2), a refusé d'admettre une novation en matière de compte-courant. Mais cet arrêt ne me paraît pas pouvoir exercer une autorité contraire à l'opinion que j'émets ici, d'abord parce qu'il ne juge pas la question *in terminis*, et décide seulement que, dans l'espèce soumise à la Cour, les faits constatés ne constituaient pas une novation; ensuite, parce que la novation alléguée n'était pas celle qui résulte de la substitution d'une dette à une autre (et c'est, suivant moi, celle qui s'opère dans un compte-courant), mais bien celle qui a lieu au moyen de la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, ce qui est tout différent.

Dans le second cas, au contraire, c'est-à-dire si le compte s'est continué sans règlement ni balance depuis la dissolu-

---

(1) Bourges, 21 décembre 1823, (Dev. et Car., 8, 2, 161).
(2) Dev. et Car., 35, 1, 88.

tion de la communauté, le conjoint ou les héritiers de l'époux que ce compte-courant constitue débiteurs, sont tenus de contribuer pour leur part et portion à l'acquittement de la dette commune, telle qu'elle existait au moment de la dissolution de la communauté.

La Cour de cassation a jugé cependant que le créancier par compte-courant d'un mari commun en biens avec sa femme, qui, après la dissolution de la communauté, et avant la liquidation et le partage, a continué d'être en compte-courant avec le mari, n'a aucun recours à exercer contre la femme ou ses représentants, après que son compte a été arrêté, pour leur part contributive dans le montant de la dette commune, au moment de la dissolution de la communauté, si les remises qu'il a reçues du mari, depuis cette dissolution, sont égales ou supérieures à la part due par la femme, encore bien que de son côté il ait fait des remises qui ont maintenu l'intégralité de la dette; et que, dans ce cas, les remises faites par le mari doivent être considérées comme des payements, et par suite être imputées de préférence sur la dette existant au moment de la dissolution de la communauté, comme étant la plus ancienne et la plus onéreuse, plutôt que sur la dette plus nouvelle qu'il a contractée au moyen des remises qu'il a reçues de son créancier depuis la dissolution de la communauté ([1]).

La réfutation de ces diverses propositions sera la justification de l'opinion contraire que j'ai commencé par énoncer.

Cet arrêt considère les remises faites en compte-courant par le mari comme des payements, et ils les impute sur la dette qui existait au moment de la dissolution de la communauté, à raison des remises qui lui avaient été faites jusqu'a-

---

([1]) Cass., 3 avril 1839 (Dev. et Car., 39, 1, 237).

lors, au lieu de leur maintenir le caractère de remises, c'est-à-dire de prêts nouveaux dont le remboursement par compensation ne peut avoir lieu que lors du règlement ou de l'arrêté de compte. Or ce système se trouve en opposition avec la nature même du contrat de compte-courant, parce qu'il ne peut y avoir d'imputation à faire que là où il y a payement, et que les remises faites en compte-courant ne sont jamais et ne peuvent jamais être considérées au moment où elles sont faites comme un payement. Il est évident, en effet, que si, en faisant une remise à mon correspondant, je lui *prête*, je ne lui *paie* pas ce qu'il m'a déjà prêté; et, si je ne le paie pas, où trouver matière à imputation d'une remise que je lui fais, sur telle remise qu'il m'a faite plutôt que sur telle autre? Mais il y a plus : c'est que les remises étant faites en vue d'un règlement définitif lors duquel seulement le payement doit s'opérer réciproquement par compensation, cette compensation future constitue une imputation conventionnelle qui exclut toute imputation légale. On sait, en effet, que les comptes-courants sont toujours arrêtés ou balancés à certaines époques périodiques déterminées par la convention ou par l'usage. C'est lors de ce règlement que la compensation s'opère, et elle ne pourrait s'opérer avant, entre telles ou telles remises, plutôt qu'entre telles ou telles autres, sans qu'il y ait contravention aux obligations des parties qui, en entrant en compte-courant, c'est-à-dire en se faisant des prêts réciproques à des conditions égales d'exigibilité, sont tacitement convenues que lors de la balance, et non avant, les prêts se compenseraient l'un par l'autre et s'imputeraient l'un sur l'autre.

En voilà assez, je pense, pour démontrer qu'en matière de compte-courant, si les remises réciproquement faites pendant une certaine période sont compensables, on ne peut compen-

ser en enjambant, si je puis parler ainsi, d'une période sur l'autre. Lors donc qu'une communauté vient à se dissoudre, et que le compte courant commencé avant cette dissolution se continue depuis sans arrêté de compte, il faut, lors de l'arrêté du compte ultérieur, arrêter les opérations faites pendant la communauté, à l'époque où elle a été dissoute, pour en faire un compte à part dont le reliquat reste à la charge de la communauté. Mais on ne peut jamais, sans violer les principes fondamentaux de la matière, voir dans les remises postérieures à la dissolution de la communauté des payements ayant pour objet d'éteindre la dette qui résultera plus tard d'un règlement de compte qui n'est pas encore fait, dette qui n'est encore ni certaine, ni liquide, ni exigible, et qui échappe par conséquent à toutes les conditions de la compensation.

351. Il faut encore observer, en ce qui touche le payement des dettes après la dissolution de la communauté, qu'il ne peut être poursuivi contre la femme que jusqu'à concurrence de son émolument, quand elle n'est obligée qu'en qualité de commune; elle ne peut être poursuivie sur ses biens personnels que lorsqu'elle s'est obligée personnellement. Mais dans aucun cas, à moins qu'elle ne soit marchande publique, elle ne peut être poursuivie par corps, lors même qu'elle se serait obligée par lettre de change, conjointement avec son mari commerçant (1). Savary (2) admet la contrainte par corps dans les cas où la femme continue le commerce de son mari, ou même accepte simplement la communauté (3). Il se fonde sur ce qu'il ne serait pas juste que la femme exerçât

(1) Toubeau, p. 363. V. *sup.*, n. 191.
(2) T. II, p. 67 et 68.
(3) Voy. *inf.*, n. 352

les actions actives de la communauté, sans être sujette aux actions passives, c'est-à-dire qu'elle pût avoir la contrainte par corps contre un marchand qui devrait à la communauté pour fait de marchandises, sans être sujette à la même loi pour les dettes contractées par son mari dans l'intérêt de la communauté, également pour fait de marchandises. Mais cette solution n'est vraie que pour le cas où la femme continue le commerce de son mari. En la généralisant, Savary s'est laissé tromper par une apparence d'équité contraire aux règles du droit. La femme qui se borne à accepter la communauté, sans continuer en son nom le commerce du mari, n'est pas tenue comme marchande publique, mais comme obligée ordinaire; elle ne peut donc être contraignable par corps, à raison des dettes commerciales de la communauté, puisqu'elle n'a pas fait acte de commerce. Au contraire, lorsque la femme continue en son nom le commerce du mari, la qualité de commerçante dont elle est investie la soumet à la contrainte par corps pour toutes celles des obligations de la communauté qui se rattachent à son commerce, puisque ces obligations sont commerciales, et que la femme en est tenue à raison de la qualité qu'elle s'est attribuée.

332. Les règles qui précèdent sur la liquidation et le partage de la communauté, peuvent être modifiées par la renonciation de la femme. Tandis que le mari est obligé de subir les conséquences des actes qu'il a faits comme administrateur, ou qu'il a laissés faire quand il pouvait les empêcher, la femme a l'option d'accepter la communauté, c'est-à-dire d'en suivre le sort, en conservant sa part dans les charges pour avoir sa part dans les bénéfices; ou d'y renoncer, c'est-à-dire d'abandonner tous les droits qui en dépendent pour se dégager de l'obligation de contribuer aux dettes, et se ré-

server seulement la faculté d'exercer ses reprises et de rentrer dans tous les biens mobiliers ou immobiliers qui lui sont restés propres ([1]).

353. Du reste, la femme, en renonçant à la communauté, ne s'affranchit pas de l'obligation de payer les dettes qui lui sont personnelles, alors même qu'elles sont en même temps dettes de la communauté. C'est ainsi que la femme qui, dans le commerce qu'elle a fait seule et sans la participation de son mari, a contracté des dettes, lesquelles sont tombées dans la communauté ([2]), n'en reste pas moins engagée envers les créanciers, malgré sa renonciation à la communauté. Il en serait de même des dettes que la femme aurait contractées, conjointement avec son mari, dans le commerce de celui-ci; par exemple, en souscrivant avec lui des effets de commerce, ou en acceptant les traites qu'il aurait faites sur elle ([3]), parce qu'alors la dette du mari devient la dette personnelle de la femme. Mais, dans l'un et l'autre cas, elle aurait un recours en indemnité contre le mari pour ce qu'elle aurait été obligée de payer, à raison de dettes contractées dans l'intérêt de la communauté, puisque les produits du commerce de la femme, comme ceux du commerce du mari, sont entrés dans la communauté à laquelle la femme a renoncé ([4]).

354. L'acceptation de la communauté peut être expresse ou tacite, tandis que la renonciation doit toujours être expresse. Il suit de là que lorsque la femme fait, après la dissolution de la communauté, un acte qui suppose la qualité de copropriétaire du fonds commun, elle est réputée accepter, et n'est plus dès-lors recevable à renoncer. Cependant les actes

---

([1]) C. civ., 1492 et suiv.
([2]) Voy. *sup.*, n. 337.
([3]) Voy. *sup.*, n. 193. *Contrà*, Savary, t. II, p. 177.
([4]) M. Zachariæ, t. III, p. 509.

conservatoires et de simple administration peuvent être faits par la femme, sans qu'elle compromette en cela son droit de renonciation. C'est ainsi que la femme qui, pour empêcher le dépérissement d'un fonds de commerce dépendant de la communauté en continue l'exploitation, reste encore maîtresse de renoncer à la communauté (1).

La veuve qui a diverti ou recélé des effets de la communauté, est réputée commune, malgré sa renonciation (2).

La femme qui veut renoncer à la communauté doit, dans les trois mois de la dissolution, faire faire inventaire; elle a, outre ces trois mois, quarante jours pour délibérer et faire sa renonciation. Si, ayant fait inventaire, elle ne renonce pas dans le délai intégral de trois mois et quarante jours, elle n'est pas déchue de la faculté de renoncer; seulement elle peut être poursuivie comme commune tant qu'elle n'a pas renoncé, et elle doit les frais faits contre elle jusqu'à sa renonciation. Si elle n'a pas fait inventaire dans les trois mois, elle est réputée avoir accepté, et ne peut plus renoncer (3).

355. Telles sont les règles relatives à la communauté légale, règles qui peuvent être modifiées par toutes les stipulations auxquelles il convient aux époux de se soumettre, pourvu, comme nous l'avons déjà dit, qu'elles ne soient contraires ni aux lois, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs.

Mais tout en abandonnant à la discrétion des parties et en quelque sorte au caprice des conventions particulières les modifications dont le régime de la communauté est susceptible, le Code civil a déterminé lui-même la portée légale de

---

(1) C. civ., 1453 et suiv. Voy. au surplus au chapitre suivant ce qui y est dit relativement à la renonciation de l'héritier.

(2) C. civ., 1660.

(3) C. c., 1456.

quelques-unes des modifications qui ont pour objet de restreindre ou d'étendre la communauté. — Nous allons examiner en peu de mots les règles relatives à ces modifications dans les rapports qu'elles peuvent avoir avec les droits des commerçants.

356. La communauté peut être réduite aux acquêts, c'est-à-dire que les époux peuvent ne mettre en communauté que les acquêts par eux faits ensemble ou séparément pendant le mariage et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux, et exclure de cette communauté tant les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, que leur mobilier respectif présent et futur (1).

Il suit de là que, sous ce régime, le fonds de commerce apporté par la femme reste propre à celle-ci sans pouvoir servir de gage aux créanciers personnels du mari (2).

Du reste, les acquêts mobiliers, comme les acquêts immobiliers, entrent dans cette communauté : la loi n'en exclut le mobilier futur qu'autant qu'il échoit en propre à l'un des époux par toute autre voie que par une acquisition proprement dite, par exemple le mobilier qui provient de donation ou de succession. Le fonds de commerce acquis par l'un des époux ou par tous les deux fait donc partie de la communauté ; il en est ainsi des actions mobilières dans des compagnies de finances ou de commerce.

Il faut même remarquer que tout mobilier possédé par les époux pendant le mariage est réputé acquêt, si son existence, lors du mariage, n'a pas été constatée par un inven-

---

(1) C. civ., 1498.
(2) Paris, 25 février 1855 (Dev. et Car., 55, 2, 68 ; Dall., 55, 2, 52).

taire ou état en bonne forme [1]. Néanmoins si un fonds de commerce était apporté par l'un des époux, il lui resterait propre ainsi que les marchandises qui le composeraient, bien que ces marchandises n'aient pas été détaillées dans un inventaire, et qu'il n'en eût pas été fait état, si d'ailleurs le fonds de commerce n'avait changé ni de nature, ni d'objet, et que l'apport en eût été constaté par le contrat de mariage [2]. Dans ce cas, en effet, les objets garnissant le fonds de commerce ne peuvent pas se confondre avec le surplus du mobilier des époux; et comme on ne peut pas concevoir un fonds de commerce sans les marchandises qui en sont à la fois l'accessoire et le principal, il en résulte que la constatation de l'apport du fonds de commerce, dans le contrat de mariage, suffit pour qu'il y ait *état* du meuble apporté.

357. Au lieu d'exclure de la communauté tout leur mobilier présent et futur, les époux peuvent n'en exclure que certains objets ou une quote-part déterminée, soit en déclarant expressément exclure de la communauté ou se réserver propre tout ou partie de leur mobilier, soit en s'engageant à apporter dans la communauté des meubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme [3]. C'est ce qu'on appelle clause de réalisation ou clause d'apport.

Dans le cas de la communauté réduite aux acquêts, comme dans le cas où il y a clause de réalisation ou d'apport, les époux sont respectivement tenus des dettes relatives aux

---

(1) C. civ., 1499.
(2) Paris, 23 février 1833, *loc. cit.*
(3) C. civ., 1500 et suiv.

meubles qui leur sont propres ; en d'autres termes, il y a séparation des dettes relatives à cette sorte de biens (1).

358. Au lieu d'exclure de la communauté les meubles qui, sans une exclusion stipulée, y tomberaient naturellement, les époux peuvent y faire entrer les immeubles qui en sont naturellement exclus : c'est ce qu'on appelle la clause d'ameublissement (2).

359. Enfin les époux sont autorisés à établir une communauté universelle de leurs biens, tant meubles qu'immeubles, présents et à venir (3). Sous l'empire d'une telle clause, disparaissent toutes les difficultés qui naissent de la combinaison des droits des époux relativement aux biens propres et aux biens communs. Ici, il n'y a plus que des droits communs et des dettes communes. Tout entre dans la communauté, de telle sorte qu'à moins de stipulation contraire, la femme qui renonce à la communauté perd toute espèce de droit, même sur les immeubles qui y sont entrés de son chef (4).

360. Les stipulations matrimoniales, au lieu de porter sur la quotité ou la nature des apports, peuvent porter sur les dettes des époux pour en exclure d'une manière plus ou moins complète celles qui entrent de plein droit dans la communauté.

Ainsi les époux peuvent stipuler que leur communauté ne sera point grevée des dettes que chacun d'eux avait avant le mariage, et s'obliger en conséquence à se faire respectivement raison, lors de la dissolution de la communauté, de

---

(1) M. Toullier, t. XIII, n. 325 ; M. Duranton, t. XV, n. 50 ; M. Zachariæ, t. III, p. 522.
(2) C. civ., 1503.
(3) C. civ., 1526.
(4) M. Zachariæ, t. III, p. 587.

celles de ces dettes qui auraient été acquittées à leur décharge par le fond commun (1). C'est ce qu'on appelle la clause de séparation de dettes. Du reste, cette clause n'affranchit point la communauté des dettes contractées durant le mariage qui sont acquittées suivant les règles ordinaires (2).

Par dette antérieures au mariage on doit entendre toutes celles dont la cause est antérieure au mariage, soit que la condition sous laquelle elles auraient été contractées ne s'accomplisse, soit que le terme ne vienne à échoir qu'après le mariage. Les auteurs citent comme exemple l'amende et les réparations civiles auxquels l'un des époux a été condamné pendant le mariage pour un fait antérieur; les dépens d'un procès commencé avant le mariage; le reliquat de compte d'une tutelle dont l'un des époux était chargé avant le mariage et qui s'est continuée depuis, pour la partie correspondante à la gestion antérieure au mariage (3).

Par la même raison les dettes d'un commerçant pour opérations antérieures à son mariage, bien qu'elles n'aient été déterminées que postérieurement par un règlement arrêté entre le débiteur et le créancier, sont exclues de la communauté par la clause de séparation de dettes. Quant aux dettes qui résultent d'un compte courant, il faut leur appliquer les règles que j'ai développées plus haut (4).

Il est à remarquer que dans le cas de séparation de dettes, si le mobilier apporté par les époux n'a pas été constaté par un inventaire ou état authentique antérieur au mariage, les

---

(1) C. civ., 1510.

(2) Pothier, *De la communauté*, n. 351; M. Duranton, t. XV, n. 90; M. Zachariæ, t. III, p. 387.

(3) Pothier, n. 354 et suiv.; M. Toullier, t. XIII, n. 351; M. Duranton, t. XV, n. 97 et suiv.

(4) Voy. *sup.*, n. 350.

créanciers de l'un et de l'autre des époux, peuvent, sans avoir égard à aucune des distractions qui seraient réclamées, poursuivre leur payement sur le mobilier non inventorié comme sur les autres biens de la communauté, et qu'ils ont le même droit sur le mobilier qui serait échu aux époux pendant la communauté, s'il n'avait pas été pareillement constaté par un inventaire ou état authentique (1).

361. Une clause qui a beaucoup de rapports avec la clause de séparation de dettes, c'est celle de franc et quitte dont les effets sont réglés par l'article 1513 du Code civil, aux termes duquel, lorsque la communauté est poursuivie pour les dettes de l'un des époux déclaré par le contrat franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage, le conjoint a droit à une indemnité qui se poursuit soit sur la part de communauté revenant à l'époux débiteur, soit sur ses biens personnels, soit, en cas d'insuffisance, par voie de garantie contre le père, la mère, l'ascendant et le tuteur qui l'auraient déclaré franc et quitte. Il y a cette différence entre la clause de franc et quitte et celle de séparation de dettes, que dans la première il n'y a d'exclues de la communauté que les dettes de l'époux déclaré franc et quitte, tandis que dans la seconde les dettes de l'un et de l'autre restent à leur charge personnelle (2).

362. Par une autre clause qui suppose encore une séparation de dettes, la femme peut stipuler dans son contrat de mariage la faculté de reprendre franc et quitte, en cas de renonciation à la communauté, tout ou partie de ses apports (3). Cette clause met l'apport de la femme à l'abri des dettes du mari; mais il reste soumis aux dettes personnelles

---

(1) Sur les actes qui peuvent être l'équivalent d'un état ou inventaire, voy. *sup.*, n. 356.

(2) M. Duranton, t. XV, n. 115; M. Toullier, t XIII, n. 364.

(3) C. civ., 1514.

de la femme que la communauté aurait acquittées, de telle sorte que l'apport ne peut être repris que déduction faite de ces dernières dettes. Il suit de là que les dettes que le mari aurait contractées dans son commerce ne grèvent pas l'apport ou la partie de l'apport dont la femme se serait réservé la reprise, tandis que cet apport est grevé par celles que la femme aurait contractées dans un commerce séparé. Mais si au lieu de stipuler la reprise de ses apports, la femme s'était réservée la faculté de reprendre une certaine somme pour lui tenir lieu de ce qu'elle a apporté, cette stipulation constituerait un véritable forfait, et la somme serait due à la femme sans aucune déduction à raison de ses dettes (1).

363. La clause de reprise de l'apport n'a lieu qu'au profit de la femme, et seulement dans le cas où elle renonce à la communauté. Il est une autre clause, assez analogue qui a lieu au profit des deux époux et dont la femme ne peut se prévaloir qu'autant qu'elle accepte la communauté, c'est la clause de préciput conventionnel par laquelle l'époux survivant est autorisé à prélever, avant tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobiliers en nature (2).

364. Enfin les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers, dans la communauté, qu'une part moindre que la moitié, soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout droit dans la communauté, soit en stipulant que la communauté entière appartiendra à l'époux survivant ou à l'un d'eux (3). Si l'époux survivant ne reçoit qu'une certaine part dans la communauté, il n'est tenu des dettes que dans la pro-

---

(1) Pothier, n. 411; M. Duranton, t. XV, n. 168; M. Zachariæ, t. III, p. 547, note 9. C. civ., 1522.
(2) C. civ., 1515.
(3) C. civ., 1520.

portion de la part à laquelle il a été réduit [1]. S'il retient la totalité de la communauté, il faut distinguer, quant aux dettes, entre le cas où c'est la femme qui profite de la stipulation, et le cas où c'est le mari. Dans le premier cas, la femme retenant toute la communauté, est, à moins de renonciation à cette communauté, tenue de toutes les dettes communes, mais seulement jusqu'à concurrence de son émolument, conformément à l'article 1483 [2]. Dans le second cas, le mari ou les héritiers sont tenus d'acquitter toutes les dettes, sans que les créanciers aient aucune action contre la femme ou ses représentants [3].

365. Telles sont les principales clauses dérogatoires à la communauté légale. J'ai dû les exposer très sommairement, en me bornant à indiquer leurs résultats généraux, surtout quant aux dettes, parce que c'est par là qu'elles intéressent plus particulièrement les époux, qui, engagés ensemble ou séparément dans le commerce, sont tenus de leurs dettes personnelles ou communes dans des proportions variables, suivant les clauses qui modifient les règles ordinaires de la communauté.

Je passe maintenant à l'exposition des régimes exclusifs de la communauté. Ils se réduisent à trois : le régime simplement exclusif de communauté, la clause de séparation de biens et le régime dotal.

366. Lorsque les époux déclarent qu'ils se marient sans communauté, chacun d'eux conserve la propriété de ses biens particuliers meubles et immeubles, soit antérieurs, soit postérieurs au mariage. Mais l'administration des biens de la

---

(1) C. civ., 1521.
(2) C. civ., 1524. M. Zachariæ, t. III, p. 536.
(3) C. civ., *ibid.*; M. Duranton, t. XV, n. 211; M. Zachariæ, *ibid.*

femme appartient au mari, qui seul a le droit d'en percevoir les fruits pour soutenir les charges du mariage ([1]).

Nous avons vu plus haut ([2]) que le mari a le droit, sous ce régime de percevoir les produits de l'industrie de la femme, non comme fruits, mais comme mobilier échu pendant le mariage. Il suit de là que la valeur de ces produits doit être restituée par le mari comme le surplus du mobilier, à la dissolution du mariage ou après la séparation de biens judiciairement prononcée ([3]).

Nous avons également vu la conséquence de ces règles relativement à l'obligation où peut être le mari de payer les dettes de la femme ([4]). Ajoutons ici que la femme ne peut jamais être tenue des dettes du mari puisqu'elle n'a aucun droit actuel ou éventuel sur les biens de celui-ci.

367. La clause de séparation de biens consacre une séparation absolue entre les biens et les intérêts de la femme et ceux du mari. Chacun d'eux conserve l'entière administration de ses biens meubles et immeubles, et la jouissance libre de ses revenus ([5]), et chacun d'eux contribue aux charges du mariage ([6]).

Sous ce régime les époux ne peuvent donc jamais être tenus des dettes les uns des autres ([7]). Mais ils doivent avoir la précaution de faire constater la consistance de leur mobilier réciproque par un inventaire ou autre acte authentique : les créanciers de chacun d'eux peuvent saisir tout le mobilier

---

([1]) C. civ., 1530, 1531.
([2]) N. 185. Voy. aussi *inf.* liv. IV.
([3]) C. civ., 1531 et 1532.
([4]) N. 183. Voy. M. Zachariæ, t. III, p. 361.
([5]) C. civ., 1536.
([6]) C. civ., 1537.
([7]) Voy. *sup.*, n. 183.

qui se trouve en leur possession, sauf aux conjoints à répéter une indemnité l'un contre l'autre [1].

368. Quant au régime dotal, ce qui le caractérise, ce n'est pas, comme cette dénomination semble l'indiquer, que la constitution d'une dot lui soit particulière, puisque, sous tous les régimes, la dot est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage [2]; c'est l'inaliénabilité des biens dotaux, c'est-à-dire des biens qui ont été constitués en dot à la femme [3]. Tous les biens de la femme qui ne sont pas dotaux sont paraphernaux, et ceux-là seuls sont aliénables.

369. La femme peut se constituer en dot tous ses biens présents et à venir, meubles et immeubles, ou seulement une partie de ses biens ou un immeuble déterminé [4]. Pendant le mariage, l'administration des biens dotaux appartient au mari qui, seul, a le droit d'en percevoir les fruits et les intérêts. Mais, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, les produits que la femme retire de son commerce particulier, quand le fonds de commerce n'est pas dotal, ne sont pas des fruits que le mari ait le droit de percevoir : ils lui restent propres [5].

370. C'est du reste une grave question que de savoir si le principe de l'inaliénabilité de la dot atteint la dot mobilière comme la dot immobilière. L'article 1554 du Code civil, le seul qui pose le principe de l'inaliénabilité, ne parle que des immeubles. « Les immeubles constitués en dot, dit cet article, ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le ma-

---

(1) M. Zachariæ, t. III, p. 364.
(2) C. civ., 1540.
(3) C. civ., 1554.
(4) C. civ., 1542.
(5) Voy. *sup.*, n. 185.

riage, ni par le mari, ni par la femme, ni par tous les deux conjointement. » d'autres articles, notamment les articles 1555 et 1556, emploient, en parlant de ladot, les termes *biens dotaux* qui, dans leur généralité, embrassent les meubles comme les immeubles. Il y a donc dans ces dispositions une incertitude qui vient du peu d'attention que les rédacteurs du Code ont accordée à la propriété mobilière qui, alors, n'avait pas l'importance qu'elle a acquis depuis. C'est en conséquence par l'esprit de la loi, plus que par son texte, qu'on doit résoudre la difficulté; et, dès-lors, il me paraît convenable de reconnaître que le principe de l'inaliénabilité, qui a pour objet de conserver la dot à la femme et à sa famille, doit protéger une dot mobilière d'un million, comme elle protège un arpent de terre. C'est du reste en ce sens que se sont prononcés la jurisprudence et un grand nombre d'auteurs; et je crois qu'on doit les suivre malgré tout ce que le régime dotal appliqué aux meubles et l'immobilité qu'il imprime aux valeurs mobilières a de contraire aux développements du commerce et de l'industrie, et malgré la résistance qu'éprouve ce système, surtout dans les pays commerciaux (1).

371. La femme a l'administration et la jouissance des pa-

---

(1) Dans le sens de l'inaliénabilité de la dot mobilière, voy. M. Grenier, *Des hyp.*, t. I, n. 34; M. Benoit, *De la dot*, n. 206; M. Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Régime dotal*, n. 101; M. Tessier, *De la dot*, t. I, p. 289. Cass., 1 février 1819 (S. 19, 1, 146); 26 mai 1836 (Dev. et Car., 36, 1, 773); 2 janvier 1837 (*ibid.*, 37, 1, 97); 23 décembre 1859 (*ibid.*, 40, 1, 242). — J'omets ici l'indication des arrêts de cours royales, dont la mention se trouve aux endroits cités du *Recueil général des Lois et des Arrêts*, par MM. Devillen. et Car. — Dans le sens de l'aliénabilité, voy. M. Toullier, t. XIV, n. 176 et 177; M. Duranton, t. XV, n. 342; M. Vazeille, *Du mariage*, t. II, n. 320; M. Troplong, *Des hyp.*, t. IV, n. 923. Quant aux arrêts, voy. notamment Lyon, 16 juillet 1840 (Dev. et Car., 41, 2, 241).

raphernaux; elle reprend l'administration des biens dotaux quand elle a fait prononcer sa séparation de biens (1).

372. Il suit, de tout ce qui précède, que, sous ce rapport, le mari ne peut jamais être tenu des dettes de la femme, ni la femme des dettes du mari, puisqu'il n'y a rien de commun entre eux, et que le mari, n'étant que l'administrateur des biens dotaux, n'en peut pas plus disposer que la femme ne le pourrait elle-même (2).

373. Il est cependant plusieurs cas prévus par la loi où les biens dotaux peuvent être affectés à l'acquit des dettes. Deux seulement doivent nous occuper ici. Le premier est celui où il s'agit de tirer de prison le mari ou la femme incarcérés pour dettes (3). Mais il est à remarquer, d'une part, que la faculté d'aliénation accordée pour tirer de prison le mari ou la femme, ne s'entend que du cas où l'un des époux est actuellement incarcéré (4). Ainsi la dot ne pourrait être aliénée après la sortie de l'époux de prison pour payer le créancier qui l'aurait laissé sortir dans l'espérance d'être payé avec les produits de l'aliénation (5). Ainsi encore il ne suffirait pas de la menace d'emprisonnement pour que l'aliénation pût être permise (6).

Le second cas est celui où il s'agit d'acquitter les dettes de la femme antérieures au mariage (7).

Dans l'un et l'autre cas, l'aliénation ne peut avoir lieu

---

(1) C. civ., 1574.
(2) V. *sup.*, n. 185.
(3) C. civ., 1558.
(4) Pothier, *Puissance marit.*, n. 35 et 39; Merlin, *Répert.*, v° *Dot*, § 8; M. Toullier, t. XIV, n. 199; M. Benoit, *De la dot*, t. I, n. 227; M. Tessier, *Code*, t. I, p. 419; M. Duranton, t. XV, n. 309.
(5) Cass., 25 avril 1842 (Dev. et Car., 42, 1, 341).
(6) Cass., 26 avril 1842 (*ibid*).
(7) C. civ., 1558.

qu'avec l'autorisation de la justice, aux enchères et après trois affiches (1).

374. Tel est l'exposé sommaire des règles auxquelles les différents régimes matrimoniaux soumettent les époux. J'ai cherché à faire ressortir celles qui peuvent s'appliquer plus habituellement aux intérêts commerciaux des époux. Cependant, cet exposé est nécessairement fort incomplet, puisque toutes les questions qui peuvent naître à l'occasion des droits des époux sur leurs biens communs ou particuliers, touchent à leurs intérêts commerciaux quand ces biens eux-mêmes ont un commerce pour objet ou sont le produit d'un commerce. Mais plus de détails m'auraient entraîné au-delà des limites que je me suis fixées et excédé la mesure que je dois garder dans toutes les parties de mon travail.

375. Il y aurait à examiner ici quelques questions de compétence qui intéressent les veuves des commerçants; mais ces questions ayant rapport aux veuves considérées comme succédant en quelque sorte à leurs maris, j'en renvoie l'examen à l'endroit où je m'occuperai des héritiers des commerçants ( ).

—

SECTION II. — DROIT DES CONJOINTS EN CAS DE FAILLITE DE L'UN D'EUX, ET SPÉCIALEMENT DES DROITS DES FEMMES.

SOMMAIRE. — 376. La faillite de l'un des époux entraîne-t-elle celle de l'autre? Faillite de la femme. — 377. Faillite du mari. — 378. Complicité de banqueroute. 379. Effets de la faillite du mari sur les droits de la femme. — 380. La femme qui veut faire valoir ses droits dans la faillite de son mari, doit préalablement obtenir sa séparation de biens. — 381. Contre qui doit être formée la demande en séparation. — 382. Droits des créanciers de la femme, si la femme ne la demande pas. — 383. Effets de la demande. — 384. Esprit des dispositions du Code de commerce sur les droits des femmes des faillis. — 385.

---

(1) *Ibid.*
(2) Voy. *inf.*, ch. II.

Reprise des immeubles en nature. Immeubles apportés. Immeubles échus pendant le mariage.— 386... Immeubles acquis pendant le mariage... Échangés. — 387. Dettes auxquelles sont soumis les immeubles repris par la femme.— 388. Reprise des meubles. Preuve de la propriété. — 389. La femme qui prouve l'apport, sans prouver l'identité des meubles, a une créance à raison de leur valeur.— 390. Reprise des deniers.— 391. Nullité des avantages constitués par contrat de mariage. — 392. *Quid?* des avantages déjà perçus. — 393... Des donations faites pendant le mariage.— 394. Hypothèque légale. Conditions de son exercice.— 395. Sur quels biens peut-elle être exercée?— 396. La femme qui n'a pas d'hypothèque légale reste créancière chirographaire.— 397. La femme peut-elle se prévaloir d'une hypothèque judiciaire? —398... D'une hypothèque conventionnelle.— 399. Les règles qui précèdent ne sont applicables qu'aux cas où il y a faillite, et vis-à-vis seulement des créanciers. Il faut qu'il y ait faillite déclarée. — 400. Après la faillite, la femme reprend ses droits contre son mari. *Quid?* des cas où il y a un concordat? — 401. La femme qui prend part au concordat renonce-t-elle à son hypothèque légale? — 402. Questions transitoires.

376. La première question qui se présente ici est celle de savoir si les époux peuvent être déclarés en faillite conjointement l'un avec l'autre.

D'abord, en ce qui touche le mari en cas de faillite de la femme, il est évident qu'il ne peut être déclaré en faillite conjointement avec elle, alors même que les époux se seraient obligés conjointement. La femme n'est réputée marchande publique qu'autant qu'elle fait un commerce séparé. Peu importe donc que le mari puisse être tenu plus ou moins strictement des obligations de la femme, qu'il en soit tenu comme mari ou à la fois comme mari et comme caution ou co-obligé: la qualité de commerçante de la femme, ne réagissant pas sur le mari, il ne peut pas être déclaré en faillite, par cela seul que la femme est en faillite. Il en serait ainsi, alors même que le mari ferait de son côté un commerce séparé. Si, dans ce cas, il n'acquittait pas toutes celles des obligations de la femme que la loi ou la convention ont mises à sa charge, il pourrait, sans doute, être déclaré en faillite; mais sa faillite serait tout à fait distincte de celle de la femme, puisqu'elle proviendrait de ce qu'il ne remplit pas ses obligations, et non de ce que la femme ne remplit pas les siennes.

gations qu'elle a contractées conjointement et solidairement avec lui, ne changent pas sa position à cet égard; et si les obligations qu'elle a souscrites avec ou pour son mari peuvent avoir pour conséquence, lorsqu'elle ne paye pas, de la faire déclarer en faillite, quand elle est marchande publique, sa faillite est distincte et séparée de celle de son mari, comme dans un cas semblable, celle du mari serait distincte de celle de la femme.

378. Cela n'empêche pas d'ailleurs que le conjoint du failli, déclaré banqueroutier, ne puisse être poursuivi comme complice de la banqueroute, jugé et condamné comme tel par application de l'article 594 du Code de commerce.

379. Mais les répétitions que la femme peut avoir à exercer contre son mari ou contre la communauté, la reprise de ses apports, l'exercice de son hypothèque légale sur les biens de son mari, en un mot tous les droits qui lui appartiennent comme femme, soit en vertu de la loi, soit en vertu de son contrat de mariage, sous quelque régime que les époux aient contracté, sont profondément modifiés par la faillite du mari.

380. Il faut d'abord remarquer que la femme d'un failli qui veut exercer contre lui les répétitions auxquelles elle peut avoir droit, doit, sauf le cas où elle serait mariée sous le régime de la séparation de biens contractuelle, demander sa séparation de biens judiciaire. Sans doute il est de principe que la faillite rend exigibles toutes les dettes passives du failli quoique non échues (1); mais les dettes du mari envers la femme, telles que la dot qu'il a reçue et qu'il doit restituer, ou ses reprises dont il doit lui tenir compte, constituent des dettes d'une nature particulière qui ne deviennent exigibles

(1) C. civ., 1188; C. com., 444.

que par la dissolution du mariage ou la séparation de biens parce que jusque-là le mari reste, nonobstant la faillite, chef de la communauté ou administrateur des biens de la femme [1], et que la femme n'a de compte à lui demander que lorsqu'il a cessé d'être chef ou administrateur.

381. La demande à fin de séparation de biens doit être formée contre le mari et contre les syndics conjointement. Si ceux-ci n'étaient pas mis en cause, ils auraient le droit d'y intervenir [2]. S'ils n'ont pas été mis en cause, et s'ils ne sont pas intervenus, ils peuvent attaquer le jugement qui prononce la séparation par voie de tierce-opposition dans le délai d'un an déterminé par l'article 873 du Code de procédure [3]; mais le droit d'intervention ou de tierce-opposition qui dans les cas ordinaires appartient à tous les créanciers, en cas de faillite, n'appartient qu'aux syndics qui seuls peuvent exercer les droits de la masse [4].

382. Bien que le droit de demander la séparation de biens soit personnel à la femme, cependant, en cas de faillite du mari, les créanciers de la femme peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances [5]; de sorte qu'ils peuvent agir contre le mari ou contre sa faillite, comme si la séparation était prononcée.

383. Du reste, la demande seule en séparation de biens vaut de la part de la femme, et dès qu'elle est notifiée aux syndics, opposition à ce qu'il soit précédé hors sa présence à la liquidation des affaires de son mari; et le jugement une

---

(1) Voy. *sup.*, n. 339.
(2) C. procéd., 871; c. civ., 1447.
(3) C. civ., 1447. Bourges, 24 mai 1826 (Dev. et Car., 8, 2, 256; Dall., 27, 2, 59).
(4) Montpellier, 7 juin 1827 (Dev. et Car., 8, 2, 84; Dall., 26, 2, 11).
(5) C. civ., 1446.

fois rendu, comme elle ne peut diriger aucune poursuite individuelle contre le failli, il suffit qu'elle remette ses titres aux syndics, pour qu'il soit réputé exécuté dans le sens de l'article 1444 du Code civil qui exige, à peine de nullité, l'exécution, ou au moins des poursuites à fin d'exécution dans la quinzaine qui a suivi le jugement ([1]).

384. Il s'agit maintenant de rechercher les droits que la séparation de biens permet à la femme d'un failli de faire valoir, et les reprises qu'elle lui laisse la faculté d'exercer.

Les dispositions du Code de commerce sur ce point respirent un sentiment de méfiance contre les commerçants, qui était porté à un degré beaucoup plus élevé dans le Code de 1808 que dans la législation de 1838. Les temps et les choses avaient, il est vrai, bien changé dans l'intervalle qui sépare les deux législations. Les dernières années de la Révolution avaient vu faire et défaire de grandes fortunes par l'agiotage, par des commerces peu réguliers et des faillites moins régulières encore. Les rédacteurs du Code le préparaient au milieu des catastrophes commerciales, et au bruit des imprécations arrachées à des créanciers ruinés, par les scandales dont ils avaient été les victimes, et par le spectable de femmes qui s'enrichissaient frauduleusement à chaque faillite de leurs maris.

L'Empereur, oubliant qu'un état aussi exceptionnel devait être passager, et qu'il s'agissait surtout d'un mal local qui affectait moins le commerce proprement dit, que certaines spéculations où l'adresse des joueurs était disposée à corriger les erreurs du hasard; l'Empereur, qui n'a jamais compris ni pu comprendre le commerce, ses besoins et ses exigences,

---

([1]) M. Cubain, *Droits des femmes*, n. 613. Cet auteur cite à l'appui de son opinion, que j'adopte d'ailleurs, un arrêt de Bourges du 26 mai 1826, qui juge une toute autre question.

se jeta dans la discussion du Code avec l'humeur qu'il apportait quelquefois dans les affaires civiles, lorsqu'elles heurtaient ses idées; et avec une sorte de brusquerie militaire qui tranchait les difficultés plutôt que de les résoudre. Pour empêcher les fraudes qui pouvaient se pratiquer dans les conventions matrimoniales, dans la constatation des apports, il refusait aux femmes tous les droits qu'elles puisaient dans la législation commune; et après avoir fait dire dans une circulaire adressée aux chambres de commerce, le 18 juin 1806, que les biens personnels des femmes devaient entrer en masse dans l'actif pour le payement des créanciers, il dit lui-même au Conseil-d'État que la femme devait partager le malheur de son mari, et qu'il fallait la réduire à de simples aliments. Ces exagérations du vainqueur d'Austerlitz ruinaient les femmes, pour que les femmes ne ruinassent pas les créanciers; et, au lieu de chercher le moyen de maintenir chacun dans le juste et convenable exercice de ses droits réciproques, on trouvait plus simple de supprimer les uns au profit des autres.

Les tendances de l'époque et les idées qui avaient cours, ne permettaient pas aux auteurs du Code de commerce de se rendre un compte exact de l'état des choses, d'en apprécier les causes économiques, et de réduire à leur juste valeur des préventions contre le commerce en général, qui devaient, de jour en jour, devenir moins fondées. Mais ils avaient un esprit droit, un grand amour des règles et de la justice, et cet attachement particulier aux légistes, pour les principes généraux qui sont la base du droit, et qu'ils avaient eux-mêmes tant concouru à remettre en honneur dans le Code civil. Ils pensèrent donc avec raison que si le mari était malheureux, il n'y avait aucune raison pour punir la femme de ce malheur, et, créancière elle-même, pour la traiter plus durement que les autres créanciers; que si le mari était

coupable, ce n'était pas un motif pour que la femme fût coupable elle-même, et pour bouleverser, dans le but de la punir des désordres qu'elle n'avait peut-être pas pu empêcher, tous les principes de la législation commune sur les droits des femmes; enfin pour la priver de la faculté de retirer ce qu'elle avait apporté, et d'exercer ses reprises légitimes.

Tels furent les principes qui dirigèrent les auteurs du Code de commerce. Toutefois, dans l'application qu'ils en firent, ils ne purent se dégager complètement des préventions générales dont leur travail porte des traces et qui se retrouvent encore en partie dans les dispositions de la loi nouvelle.

Ces dispositions ont pour objet de régler la reprise des immeubles, celle des meubles, et enfin l'hypothèque légale de la femme pour sûreté de ces reprises.

385. En ce qui touche les immeubles, la femme, sous quelque régime qu'elle soit mariée, a le droit de reprendre en nature tous ceux de ses apports immobiliers qui ne se trouveraient pas mis en communauté (1). Il suit de là que l'ameublissement des immeubles, les faisant tomber dans la communauté (2), s'oppose à ce que la femme puisse les reprendre en nature, et cela alors même que la femme aurait stipulé la reprise de son apport franc et quitte, parce que dans le cas où il y a ameublissement, cette stipulation se résout en une créance protégée par l'hypothèque légale (3).

Quant aux immeubles qui lui sont advenus pendant le mariage par succession ou par donation entre vifs ou testamen-

(1) C. com., 557.
(2) Voy. *sup.*, n. 338.
(3) M. Lainné, *Des faillites*, p. 417.

taire, elle peut également les reprendre en nature, soit qu'ils lui viennent d'un parent, soit qu'ils lui viennent d'un étranger. Le projet du Code de 1808 restreignait cette faculté de reprise, relativement aux donations, à celles qui étaient faites en ligne directe ou collatérale, ce qui excluait les immeubles donnés par un étranger. On craignait les donations frauduleuses qui seraient faites au mari en la personne de sa femme. Mais on comprit que la crainte d'une fraude dont la preuve serait presque toujours possible, ne suffisait pas pour frapper les femmes des commerçants d'une véritable incapacité de recevoir; et la restriction disparut de la rédaction définitive ([1]).

On s'est demandé si le défaut de transcription d'une donation entre vifs d'immeubles, faite à la femme, peut lui être opposé par les créanciers de son mari, tombé en faillite. La question ne peut se présenter qu'autant que la nullité de la donation, résultant du défaut de transcription, pourrait profiter au mari et qu'il s'agirait de biens qui, s'ils n'avaient pas été donnés à la femme, seraient échus au mari. Dans ce cas la difficulté est résolue par l'article 941 du Code civil, qui porte que le défaut de transcription ne pourra être opposé par ceux qui sont chargés de faire faire la transcription ou par leurs ayants-cause ; et comme l'article 940 met le mari au nombre des personnes chargées de faire transcrire les donations faites à la femme, il faut en conclure que ses créanciers qui, sous ce rapport, sont ses ayants-cause, ne peuvent avoir plus de droits qu'il n'en aurait lui-même et se prévaloir d'un défaut de transcription qui est le propre fait de leur débiteur ([2]).

([1]) M. Locré, *Esp. cod. com.*, t. VII, p. 108.

([2]) MM. Mongalvy et Germain, *Analyse du code de commerce*, t. II, p. 509.

386. La femme reprend pareillement les immeubles acquis par elle en son nom, par son mari ou par tout autre mandataire (1), des deniers provenant de succession ou donation, pourvu que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au contrat d'acquisition et que l'origine des deniers soit constatée par inventaire ou par tout autre acte authentique (2).

Dans tous les autres cas et sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, et ont été payés de ses deniers : ils doivent donc être réunis à la masse de son actif, tant que la femme ne fournit pas la preuve du contraire (3).

De là il suit que, lorsqu'il s'agit de l'emploi des deniers de la femme provenant de donation ou succession, l'acte d'acquisition ne fait preuve des droits de propriété de la femme qu'autant qu'il contient déclaration d'emploi, et que la provenance des deniers est prouvée par inventaire ou autre acte authentique; tandis que, lorsqu'il s'agit d'acquisitions faites par la femme, et qu'elle prétend avoir été payées par des deniers qui lui appartenaient à tout autre titre, elle peut prouver par toute sorte d'actes la propriété des deniers, sans être obligée d'en établir l'origine par un acte authentique (4). C'est en ce sens qu'il a été récemment jugé par la cour de cassation, le 8 janvier 1844 (5), que l'origine dotale des deniers employés à l'acquisition d'un immeuble par la femme d'un commerçant failli est suffisamment constatée lorsque l'acte de vente établit, non-seulement que l'acquisition a été

(1) M. Renouard, t. II, p. 285; M. Lainné, p. 429.
(2) C. com., 558.
(3) C. com., 559.
(4) M. Renouard, t. II, p. 286.
(5) Dev., 44, 1, 164.

faite pour servir de remploi à la femme, mais encore que le prix a été payé avec la dot mobilière qui lui avait été constituée par son contrat de mariage; et qu'il n'est pas indispensable, en ce cas, que le payement de la dot à la femme ou à son mari, soit constaté par une quittance authentique.

Par la même raison, s'il s'agit d'immeubles acquis en remploi du prix des propres de la femme précédemment aliénés, la propriété de la femme pourra être établie par toute espèce de preuve, sans qu'il soit nécessaire de constater authentiquement l'origine des deniers. Mais on comprend que les juges devraient se montrer plus difficiles sur les preuves si l'acte d'acquisition ne contenait pas déclaration de remploi.

Enfin, s'il s'agissait d'un immeuble échangé contre un autre immeuble, l'acte d'échange, rapproché des actes qui constateraient la propriété de la femme sur l'immeuble aliéné, suffiraient pour établir ses droits sur l'immeuble acquis ([1]).

387. Du reste, les actions en reprises dont il vient d'être question, ne peuvent être exercées par la femme qu'à la charge des dettes et hypothèques dont les biens sont grevés, soit que la femme s'y soit obligée volontairement, soit qu'elle y ait été condamnée. Telle est la disposition de l'article 561 du Code de commerce. Mais dans ce cas, s'il s'agissait de dettes contractées par son mari, elle aurait un recours en indemnité contre ce dernier aux termes du droit commun ([2]). C'est donc à tort que deux auteurs ([3]) voient dans cette disposition une dérogation au principe de l'article 1494 du

---

([1]) Code civ. M. Renouard, t. II, p. 284.
([2]) C. com., 563; M. Renouard, t. II, p. 294.
([3]) MM. Montgalvy et Germain, *Analyse du code de commerce*, t. II, p. 212.

Code civil, suivant lequel la femme renonçante, qui est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté, tant à l'égard du mari qu'à l'égard des créanciers, mais qui reste néanmoins tenue envers ceux-ci lorsqu'elle s'est obligée conjointement avec son mari, a un recours en indemnité contre son mari ou ses héritiers. Le Code de commerce étend sans doute l'obligation de la femme, en ce sens qu'il la déclare tenue sur ses biens tant des dettes et des hypothèques dont ils ont été grevés de son consentement, que de celles qui les grèvent en vertu de condamnations judiciaires. Mais cette disposition, uniquement relative aux créanciers, ne fait aucun obstacle à l'exercice ultérieur des droits de la femme contre le mari, et conséquemment à l'exercice de l'action en indemnité que lui accorde l'article 1494, pour laquelle, comme nous le verrons bientôt, l'article 563 du Code de commerce lui donne une hypothèque légale (1).

Quant à la femme qui a payé des dettes pour son mari, la présomption légale est qu'elle l'a fait des deniers de celui-ci; elle ne peut donc exercer aucune action contre la faillite, à raison des indemnités auxquelles elle prétend avoir droit, tant qu'elle ne prouve pas l'origine des deniers qu'elle aurait employés à ce payement. Cette preuve peut être faite par toutes sortes de pièces, comme lorsqu'il s'agit d'établir l'origine des deniers employés au payement des immeubles acquis par la femme ou en son nom (2).

388. En ce qui touche les meubles, les droits des femmes des faillis sont réglés par l'article 560 du Code de commerce. Aux termes de cet article, la femme peut reprendre en nature les effets mobiliers qu'elle s'est constitués par contrat

(1) Voy. *inf.*, n. 394.
(2) C. com., 559, 562.

de mariage ou qui lui sont advenus par succession, donation entre vifs ou testamentaire, et qui ne sont pas entrés en communauté, toutes les fois que l'identité en est prouvée par inventaire ou tout autre acte authentique. A défaut par la femme de faire cette preuve, tous les effets mobiliers, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'ait été contracté le mariage, seront acquis aux créanciers, sauf aux syndics à lui remettre, avec l'autorisation du juge-commissaire, les habits et linge nécessaires à son usage.

Ces dispositions ont remplacé celles de l'ancien article 554 d'après lequel tous les meubles meublants, effets mobiliers, diamants, tableaux, vaisselle d'or et d'argent, et autres objets, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, étaient acquis aux créanciers, sans que la femme pût en recevoir autre chose que les habits et linge à son usage. Toutefois, la femme pouvait reprendre les bijoux, diamants et vaisselle qu'elle justifiait par état légalement dressé ou par bons et loyaux inventaires lui avoir été donnés par contrat de mariage, ou lui être advenus par succession seulement.

De la comparaison de ces deux articles, il résulte que le droit de reprises en nature, qui était l'exception, est devenu la règle générale ; et que la femme qui ne pouvait reprendre en nature que certains meubles, quand elle prouvait sa propriété, peut aujourd'hui les reprendre tous quand elle fait cette preuve. C'est là, du moins quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté, une dérogation aux principes qui n'accordent à la femme que le droit de reprendre la valeur des meubles qui lui sont restés propres ou qui ont été *réalisés* par son contrat de mariage (1), et

(1) C. civ., 1503. Voy. *sup.*, n. 537.

qui, au lieu d'un droit de reprise en nature, ne donnent aux époux qu'une simple créance. C'est une faveur pour la femme à laquelle il est plus facile et plus sur d'exercer une reprise en nature, que de faire liquider une créance; mais aussi, relativement aux meubles meublants et à ceux qui sont à l'usage personnel des époux, la reprise en nature, après un long usage des objets repris, peut être moins avantageuse qu'une créance représentative de la valeur du mobilier au jour où il est échu à la femme.

Ces dispositions, en imposant à la femme qui veut reprendre en nature les meubles qu'elle prétend lui appartenir, l'obligation d'en prouver l'origine et l'identité par un inventaire ou tout autre acte authentique dérogent encore aux règles générales qui permettent à la femme, à défaut d'inventaire, de prouver la consistance d'un mobilier qui lui est échu, par témoins ou même par commune renommée (1).

389. Du reste, il ne faut pas croire que lorsque la femme qui prouve qu'elle a apporté des meubles pour une valeur déterminée, ou que des meubles lui sont échus par succession ou donation, ne parvient pas à prouver de plus leur identité avec ceux qui se trouvent en la possession du mari, soit par défaut de preuve, soit parce que les meubles ont été dénaturés par le mari, elle n'ait plus aucun droit à exercer. Elle ne peut sans doute reprendre ses meubles en nature; mais il lui reste une créance protégée par son hypothèque légale, de la manière et suivant les conditions qui seront ci-après expliquées (2).

390. La femme a encore le droit de répéter les deniers qu'elle a apportés en dot ou qui lui sont advenus depuis par

(1) C. civ., 1504.
(2) C. com., 563. Voy. *inf.*, n. 394.

succession ou donation entre vifs ou testamentaire; le prix non employé de ses immeubles aliénés pendant le mariage; enfin les indemnités auxquelles elle a droit pour les dettes par elles contractées avec son mari [1].

391. Mais la femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou dont le mari n'ayant pas alors d'autre profession déterminée est devenu commerçant dans l'année qui suit cette célébration, ne peut exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage; et réciproquement de leur côté, les créanciers ne peuvent se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans le même contrat [2]. La faillite d'un commerçant produit donc une sorte d'incapacité rétroactive au jour du mariage qui enlève au mari la faculté de donner et à la femme celle de recevoir. Cette disposition est rigoureuse, et peut-être n'est-elle pas complètement juste. Aussi le Tribunat avait-il repoussé la disposition analogue qui se trouvait dans l'ancien Code de commerce. « Ces dispositions, disait-il, tendent, pour ainsi dire, à mettre en interdit toutes les classes de commerçants, en les privant de la faculté qu'ont les autres citoyens de faire, par contrat de mariage, des avantages à leurs épouses; et elles privent celles-ci de la possibilité de recevoir ces avantages d'une manière assurée. Cependant, lorsqu'un commerçant n'est pas en état de faillite, rien ne doit s'opposer à ce que, pour contracter un mariage qui lui convient, il dispose de ce qui lui convient en faveur de sa future épouse; et une fois qu'une femme s'est mariée avec un commerçant, à certaines conditions avantageuses insérées dans son contrat de mariage, elle a sur les biens de

---

(1) C. com., 563.
(2) C. com., 564.

son mari un droit acquis dont on ne peut la priver sans injustice. » Néanmoins cette disposition fut maintenue par ce motif, donné par M. Treilhard, que les avantages faits à la femme par son mari, « étaient un des grands moyens de préparer la ruine des créanciers, voyant avec désespoir une femme, que tout le monde avait connue sans fortune, jouir tranquillement des biens immenses dont ils étaient dépouillés. » Mais c'est là une froide déclamation qui ne prouve ni l'utilité ni la justice de la disposition. De deux choses l'une : ou le mari au moment du mariage était dans un état prospère, et alors, comme on ne peut être fondé à croire qu'il préparait la ruine des créanciers qu'il n'avait pas encore, il y a injustice à priver la femme des avantages faits et reçus de bonne foi; ou les affaires du mari étaient déjà en mauvais état lorsqu'il a assuré à sa femme des avantages qu'il ne pouvait lui faire sans causer préjudice à ses créanciers, et alors ceux-ci étaient suffisamment protégés par les règles du droit commun qui leur permettaient de faire annuler des libéralités faites en fraude de leurs droits (1).

Quoi qu'il en soit, cette disposition a passé du Code de commerce de 1808 dans la loi nouvelle.

392. La prohibition qu'elle consacre est générale et s'applique à tous les avantages faits à la femme, aux avantages actuels comme aux avantages futurs, parce qu'il y a même raison de décider pour les uns et pour les autres. Je ne saurais donc admettre l'opinion d'un auteur (2) qui pense que l'article 564 du Code de commerce, en refusant à la femme toute *action* à raison des avantages portés au contrat de mariage, excepte des avantages matrimoniaux dont il pro-

(1) C. civ., 1167.
(2) M. Lainné, p. 463.

nonce l'annulation, ceux qui ne seraient plus exigibles, mais déjà perçus, et pour lesquels il n'est plus besoin d'exercer d'*action*. D'où il conclut que la femme ne pourra pas prendre un douaire ou un préciput, mais qu'elle ne rapportera pas une donation entre-vifs insérée au contrat de mariage et suivie de délivrance. Mais comme pour reprendre les biens qu'elle a apportés, de même que ceux qui lui sont échus par donation, de quelque part que vienne la donation, la femme doit nécessairement exercer l'action en reprise qui lui est ouverte par les articles 557 et 558 du Code de commerce, on ne peut s'empêcher de reconnaître que le mot *action* dont se sert l'article 564 est beaucoup plus général que ne l'a pensé l'auteur auquel je réponds, qu'il ne s'applique pas seulement à l'action tendante au payement du douaire ou du préciput, mais encore à l'action en reprise des biens donnés à la femme par son mari, et, conséquemment, que cet article annule sans distinctions tous les avantages portés au contrat de mariage.

393. Mais l'article 564 du Code de commerce ne parle que des avantages faits à la femme par le mari dans le contrat de mariage; il se tait sur les donations qu'il lui ferait pendant le mariage : de là la question de savoir si la femme a action pour reprendre ces donations, par application des articles 557 et 563 qui l'autorisent à reprendre les biens meubles ou immeubles qui lui sont échus pendant le mariage par donation entre-vifs, quels que soient les auteurs de ces donations; ou bien si l'annulation prononcée par l'article 564 des donations faites par le mari à la femme par le contrat de mariage, ne doit pas à plus forte raison être appliquée aux donations faites pendant le mariage (1). Il est certain

(1) On sait que ces donations sont autorisées par l'article 1096 du code civil.

que si l'on s'attache à l'esprit de l'article 564 qui a été d'empêcher les fraudes dont le contrat de mariage pourrait devenir l'instrument, on doit à plus forte raison annuler les donations faites pendant le mariage par le mari à la femme, à une époque à laquelle il pouvait calculer les chances de sa position et mieux préparer encore la spoliation de ses créanciers. Mais si, d'un autre côté, on réfléchit qu'il s'agit de prononcer une nullité, et que les nullités ne se prononcent pas par voie d'induction; que l'article 564 ne parle que des avantages portés au contrat de mariage; que l'article 446, n'annule les actes translatifs de propriété, à titre gratuit, que lorsqu'ils ont été faits dans un temps voisin de la faillite (1); que les articles 557 et 558 autorisent de la manière la plus générale les donations faites à la femme pendant le mariage, on arrive à reconnaître que la femme a le droit de reprendre les biens meubles ou immeubles qui lui ont été donnés par son mari durant le mariage, sauf le droit qui appartient aux créanciers de faire annuler la donation comme faite en fraude de leurs droits.

394. Pour toutes les reprises dont il a été question jusqu'ici, sauf celles qui ont pour objet les immeubles qu'elle reprend en nature, et pour lesquels une pareille garantie est inutile, la femme du failli a une hypothèque légale sur les immeubles de son mari. Toutefois, cette hypothèque légale est soumise à certaines conditions et restrictions qu'il importe d'expliquer.

Il est à remarquer, en premier lieu, en ce qui touche les deniers ou effets mobiliers que la femme a apportés en dot, ou qui lui sont advenus depuis le mariage par succession ou donation entre-vifs ou testamentaire, qu'elle ne peut pré-

(1) Voy. *sup.* n. 265.

tendre à l'hypothèque légale que lorsqu'elle en prouve la délivrance ou le payement par acte ayant date certaine (1). La délivrance ou le payement des apports peuvent être prouvés soit par le contrat de mariage lui-même qui en contient quittance, soit par un acte postérieur. Il a même été jugé par la Cour de cassation (2) que lorsqu'il a été convenu, dans le contrat de mariage d'un commerçant, et à l'égard d'apports de la femme payables seulement au jour du mariage, que l'acte de célébration vaudrait quittance de ces apports, l'acte postérieur de célébration, rapproché de la convention des époux, constitue une quittance authentique faisant preuve, tant à l'égard des créanciers qu'à l'égard des époux, de la réalisation de l'apport promis. Lorsqu'on présente un acte authentique ou ayant date certaine dont on prétend faire résulter la preuve de la délivrance, c'est aux juges à en apprécier la valeur; mais un acte est toujours nécessaire, de telle sorte qu'en cette matière tout exceptionnelle, la femme ne pourrait établir le payement de sa dot ou de ses apports à l'aide de la présomption établie par l'article 1569 du Code civil, aux termes duquel « si le mariage a duré dix ans depuis l'échéance des termes pris pour le payement de la dot, la femme ou ses héritiers peuvent la répéter contre le mari après la dissolution du mariage, sans être tenus de prouver qu'il l'a reçue, à moins qu'il ne justifie de diligences inutilement par lui faites pour s'en procurer le payement. »

395. En second lieu, et c'est ici le point important lorsque le mari était commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il est devenu commerçant dans l'année, l'hypo-

---

(1) C. com., 568.
(2) 19 janvier 1836 (Dev. et Car., 36, 1, 198).

thèque légale ne peut s'exercer que sur les immeubles qui lui appartenaient à l'époque de la célébration du mariage ou qui lui sont advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire. Les immeubles qui lui sont advenus de toute autre manière, et notamment à titre onéreux, sont affranchis de cette hypothèque (1). Il en est de même des constructions, améliorations ou additions faites aux immeubles du mari depuis le mariage ou depuis qu'ils lui sont échus par succession ou par donation (2). A cet égard, on doit considérer comme commerçant à l'époque de son mariage, celui qui avait à cette époque une autre profession déterminée, s'il se livrait en même temps à des opérations de commerce étrangères à sa profession (3).

On s'est demandé si la règle qui affranchit certains immeubles du failli de l'hypothèque légale de sa femme, était applicable au cas où les immeubles ont été vendus avant la faillite et où il ne s'agit plus que d'en distribuer le prix. Il me semble qu'il ne peut y avoir aucune difficulté sur ce point, et que la femme n'a pas plus de droits sur le prix qu'elle n'en aurait sur la chose, puisque la vente qui a eu lieu ne lui donne aucun droit nouveau et acquis sur le prix, qui ne peut être considéré que comme la représentation de la chose. Sans doute, si avant la faillite le prix avait été mis en distribution, si la femme avait été colloquée, et qu'elle n'eût plus qu'à toucher le montant de son bordereau de collocation, l'évènement ultérieur de la faillite ne pourrait changer la position qu'elle aurait définitivement prise ni lui enlever les droits qu'elle aurait acquis sur la partie du prix qui

---

(1) C. com., 563.
(2) M. Renouard, t. II, p. 302.
(3) Cass., 5 juillet 1837 (Dev. et Car., 37, 1, 923; Dall., 37, 1, 394).

lui aurait été attribuée. Mais il en est tout autrement quand le prix n'est pas encore distribué : la faillite qui survient s'en empare, et les droits de la femme sont dès-lors déterminés par l'article 563 du Code de commerce ([1]).

396. Du reste, il ne faut pas perdre de vue que dans tous les cas où, à raison de la profession commerciale exercée par son mari, à l'époque du mariage ou dans un temps voisin, la femme se trouve privée de son hypothèque légale sur tout ou partie des immeubles de son mari. Cette privation d'hypothèque, qui lui enlève une des garanties de son droit, ne touche pas à son droit en lui-même ; elle est alors assimilée aux créanciers chirographaires avec lesquels elle entre en concours. C'est ce qu'a fort bien jugé la Cour de Douai, le 17 mai 1841, « attendu que les dispositions restrictives de l'article 563 du Code de commerce, de même que les conditions restrictives auxquelles cet article subordonne l'existence du privilège hypothécaire accordé aux femmes mariées par l'article 2135 du Code civil, n'ont pour objet que l'existence et l'exercice de ce privilège, et non la simple qualité de créancière chirographaire pour laquelle les femmes de commerçants ont été laissées sous l'empire du droit commun, et qui a pour effet de leur permettre de revendiquer le bénéfice de cette qualité dans tous les cas autorisés par la loi et notamment lorsqu'il s'agit de leurs reprises ([2])..... »

Cependant la femme qui ne peut agir comme hypothécaire, parce qu'elle se trouve dans le cas des restrictions posées par l'article 553, ne peut agir comme chirographaire, à raison de ses reprises que lorsque ses apports étant prouvés par

---

([1]) M. Lainné, *Des Faillites*, p. 437.

([2]) Dev. et Car., vol. 1841, 2, 430 ; Dall., 41, 2, 250 ; M. Renouard, t. II, p. 296.

un des moyens indiqués par les articles 557 et suivants, elle a action dans la faillite. Il ne lui suffirait pas d'établir son droit à ses reprises par les moyens autorisés par le droit commun. C'est donc à tort selon moi que la cour de Limoges a jugé le 29 juin 1839 (1) que la femme d'un failli qui ne justifie pas ses créances par actes authentiques, ou suivant les cas, par acte ayant date certaine, et qui par suite ne peut obtenir une hypothèque légale sur les biens de son mari, n'en a pas moins le droit de se présenter en qualité de simple créancière chirographaire. Les articles 557 et suivants, en déterminant par quelles preuves la femme d'un failli doit établir son droit à ses reprises, ont en vue son action dans la faillite et non l'hypothèque qui n'est qu'un moyen particulier d'action ou de garantie. Si donc les preuves requises sont nécessaires pour que la femme puisse exercer son hypothèque légale, elles sont également nécessaires pour qu'elle puisse agir et se présenter comme créancière.

397. Une question plus délicate est celle de savoir si la femme qui, ayant obtenu sa séparation de biens avant la faillite de son mari, a fait liquider ses reprises, et qui, en vertu des jugements de séparation ou de liquidation, a fait inscrire également avant la faillite l'hypothèque judiciaire qui résulte de ces jugements, peut agir en vertu de cette hypothèque judiciaire pour toute la partie de ses reprises qui excède celle pour laquelle elle peut se prévaloir de son hypothèque légale. Deux auteurs s'occupent de cette question. L'un d'eux (2), se prononce sans hésiter pour l'affirmative. L'autre (3) au contraire, se prononce pour la négative, en se fon-

---

(1) Dev. et Car., 40, 2, 9.
(2) M. Cubain, *Droits des femmes*, n. 626.
(3) M. Lainné, p. 452.

dant sur ce qu'en matière de faillite la loi a mis à l'exercice de l'hypothèque des femmes des bornes qu'elle ne peut franchir. Le jugement qui prononcerait la séparation de biens et qui liquiderait les droits de la femme, ajoute cet auteur, ne ferait qu'en arrêter le chiffre, sans donner plus de privilège, ni plus d'extension aux sûretés que la loi lui accorde. La dernière de ces raisons ne me semble pas complètement satisfaisante. Il n'est pas exact de dire que le jugement de séparation ou de liquidation obtenu avant la faillite ne fait qu'arrêter le chiffre des créances de la femme. Il lui donne de plus le droit de les reprendre, et garantit l'exercice de ce droit par une hypothèque judiciaire. C'est là, pour la femme, un droit incontestablement acquis au moment où s'ouvre la faillite. On ne peut l'en priver qu'autant que la survenance de la faillite le lui enlève. Or, le lui enlève-t-il? c'est là toute la question. Il n'est pas douteux qu'aucun texte exprès et direct n'empêche la femme d'exercer l'hypothèque judiciaire qu'elle aurait valablement acquise sur les biens de son mari; mais je crois qu'il y a une incompatibilité réelle entre ce droit et la restriction que la loi fait subir à l'hypothèque légale, surtout quand on se met en présence des motifs qui ont déterminé les modifications si remarquables que le Code de commerce apporte en cette matière au droits des femmes. On n'a pas voulu que la femme qui n'aurait pas eu un droit de préférence sur les deniers de la faillite, pût exercer ce droit sur les immeubles acquis avec ces deniers; on n'a pas voulu que les biens acquis par le mari, avec les produits de son commerce ou de son industrie et qui sont le gage naturel des dettes qu'il a contractées dans ce commerce et dans cette industrie, fussent soustraits par la femme à l'action des créanciers de la faillite. N'est-il pas évident dès-lors qu'admettre la femme a exercer dans la faillite une hypothèque

judiciaire qu'elle aurait eu la précaution de se faire attribuer avant la faillite, ce serait lui permettre d'éluder la loi, et d'obtenir indirectement ce qu'elle ne peut obtenir directement. Il est bien vrai que l'hypothèque judiciaire ne produit pas les mêmes effets que l'hypothèque légale, en ce sens qu'elle ne prend date que par l'inscription, tandis que l'hypothèque légale remonte au jour du mariage, ou à celui où la dette a pris naissance. Mais c'est là une différence tout-à-fait secondaire. L'hypothèque judiciaire préjudicie, sous ce rapport, à moins de créanciers que l'hypothéque légale, mais elle leur préjudicie toujours. C'est ce préjudice que la loi a voulu empêcher, et ce serait méconnaître son but le plus manifeste que de permettre à la femme de faire, à l'aide d'une hypothèque judiciaire, ce qu'il lui est défendu de faire à l'aide d'une hypothèque légale.

398. Mais si la femme avait une hypothèque conventionnelle du chef du vendeur sur des immeubles achetés par son mari, la survenance de la faillite ne s'opposerait pas à ce qu'elle exerçât cette hypothèque : les biens sont advenus au mari grevés de cette charge, et aucune circonstance volontaire ou involontaire provenant de son fait ne saurait enlever à la femme un droit acquis sans fraude.

On peut donner comme exemple le cas où une hypothèque est consentie par un tiers intervenant au contrat de mariage, pour sûreté de la dot constituée à la femme, sur un immeuble dont le mari devient plus tard propriétaire. C'est là une hypothèque conventionnelle qui est hors de la portée des atteintes du Code de commerce. Seulement il faut remarquer que cette hypothèque n'a d'effet qu'à la date de son inscription, et que cette inscription est soumise aux règles spéciales

prescrites en cas de faillite par l'article 448 du Code de commerce [1].

399. C'est du reste un point capital et qu'il ne faut pas perdre de vue, que toutes les règles qui précèdent sur les droits des femmes en cas de faillite, ne sont relatives qu'au cas où il y a faillite, et ne peuvent être invoquées que par les créanciers de la faillite; jamais par le mari ou par ses héritiers.

Il suit de là, d'une part, que tant que la faillite n'est pas déclarée, les créanciers ne peuvent, quel que soit le mauvais état des affaires de leur débiteur, se prévaloir contre la femme des dispositions du Code de commerce sur les faillites. C'est ce que la Cour de cassation a formellement reconnu en jugeant, le 28 décembre 1840 [2], que l'article 563 du Code commerce, restrictif de l'hypothèque légale de la femme, n'est applicable que lorsque le mari se trouve en état de faillite; de telle sorte que les juges saisis d'un ordre ouvert sur le mari non déclaré en faillite, et auquel la femme produit pour ses reprises, doivent déterminer ses droits d'après les règles ordinaires et le Code civil. Il est vrai que cet arrêt, de même que plusieurs autres, autorise, dans ce cas, les juges à vérifier le fait de la cessation de payements et à prendre pour constante la faillite non déclarée par le tribunal de commerce; mais j'ai déjà longuement réfuté cette dernière opinion sur laquelle il est dès-lors inutile de s'arrêter ici [3].

400. Il suit de là, d'autre part, que si, après la faillite, le mari est remis à la tête de ses affaires, la femme peut exercer

---

(1) C. civ., 2135; Voy. *sup.*, n. 267 et 268. Cass., 23 août 1837 (Dev. et Car., 37, 1, 873).

(2) Dev. et Car., 41, 1, 51.

(3) Voy. *sup.*, n. 214.

contre lui les reprises qu'elle n'a pu exercer pendant la faillite, poursuivre aux termes du droit commun l'effet de son hypothèque légale sur les biens qu'il a nouvellement acquis; en un mot, faire tout ce que lui permettent les règles ordinaires du droit civil pour rentrer dans l'intégralité des créances que la faillite ne lui aurait permis de toucher qu'en partie (1).

Mais tant que tous les créanciers hypothécaires ou chirographaires n'ont pas été payés, la femme du failli, qu'un concordat a remis à la tête de ses affaires, ne peut exercer ses droits sur les biens que son mari possédait avant ce concordat que dans la limite fixée par le Code de commerce. La raison de décider ainsi n'est pas précisément, comme on a semblé le croire, que le concordat ne ferait pas cesser l'état de faillite qui ne prendrait fin que par la réhabilitation (2) : la faillite prend fin par le concordat, puisque le failli concordataire rentre, quant à ses biens, dans l'exercice de tous les droits dont la faillite l'avait dessaisi (3). La raison est que le concordat n'a pas d'effet rétroactif; qu'il ne peut empêcher la faillite d'avoir existé; que la faillite a déterminé les droits de la femme sur les biens actuels du failli; et que, par suite, elle a créé des droits contraires au profit des autres créanciers. Il faut donc que tous soient désintéressés, les uns par le payement de leurs créances hypothécaires, les autres par le payement des dividendes déterminés par le concordat, pour que la femme puisse exercer, sur les biens qui sont entrés dans la faillite, d'autres droits que ceux qui lui sont attribués par les dispositions exceptionnelles du Code de commerce (4).

---

(1) M. Boulay-Paty, *Des faillites*, t. II, n. 100; M. Lainné, p. 453.
(2) Nîmes, 4 mars 1828 (Dev. et Car., 9, 2, 47; Dall., 30, 2, 24).
(3) Voy. *sup.*, n. 283.
(4) M. Renouard, t. II, p. 282; M. Lainné, p. 483; M. Cubain, *Droits des femmes*, n. 629.

401. Ici se présentent d'autres questions qui naissent aussi à l'occasion du concordat. Aux termes de l'article 508 du Code de commerce, les créanciers hypothécaires, inscrits ou dispensés d'inscription, ne peuvent voter au concordat que s'ils renoncent à leurs hypothèques : il y a plus, le vote au concordat emporte de plein droit cette renonciation.

Il suit de là que la femme qui vote au concordat renonce à son hypothèque légale, et qu'elle se trouve, à raison de ses reprises, autres que celles qu'elle peut prendre en nature, sur la même ligne que les créanciers chirographaires.

Mais pour voter au concordat, et par suite pour renoncer à son hypothèque légale, faut-il que la femme soit autorisée expressément et directement par son mari? Je ne le pense pas. Le concours du mari à l'acte est une autorisation suffisante (1). Le contraire résulte implicitement d'un arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1840 (2). Mais cet arrêt qui ne donne aucuns motifs à l'appui d'une solution qu'il se borne à énoncer, et qui, d'ailleurs, était indifférente à l'issue du pourvoi, ne me paraît devoir exercer aucune autorité sur la question.

Au reste, si la femme était créancière chirographaire de son mari, à tout autre titre que pour ses reprises matrimoniales, son vote au concordat devrait se rapporter à ses créances chirographaires, et ne pourrait emporter aucune déchéance relativement à l'hypothèque légale qui garantit ses reprises (3).

402. Je termine par l'examen de deux questions transitoires. La première naît du rapprochement des anciens articles 551 et 552 du Code de commerce avec le nouvel article 563.

---

(1) c. civ., 217. Voy. *sup.*, n. 161 et 193.
(2) Dev. et Car., 40, 1, 564.
(3) Même arrêt que ci-dessus.

Les anciens articles 551 et 552 ne donnaient hypothèque à la femme du failli que sur les biens qu'il possédait au jour de son mariage; tandis que l'article 563 de la loi du 28 mai 1838 étend cette hypothèque aux biens qui lui sont advenus depuis le mariage par succession ou donation. De plus, ils assimilaient à un négociant le fils d'un négociant qui, n'étant pas négociant au jour de son mariage, l'était devenu plus tard à quelque époque que ce fût; tandis que l'article 563 n'assimile au commerçant que celui qui, n'étant pas commerçant lors de son mariage, l'est devenu dans l'année.

De là la question de savoir si c'est la loi existant au moment de l'ouverture la faillite, ou celle qui était en vigueur à l'époque du mariage qui détermine les effets ou' l'étendue des droits hypothécaires de la femme sur les biens du failli.

Il faut distinguer entre les diverses espèces de créanciers.

Relativement aux créanciers hypothécaires inscrits avant la loi du 28 mai 1838, il ne peut y avoir de question : leur droit réel était acquis avant la survenance de cette loi; les nouveaux droits hypothécaires qu'elle accorde aux femmes ne peuvent donc leur préjudicier.

Relativement aux créanciers hypothécaires dont les droits n'ont pris naissance que depuis la loi de 1838, la question ne me paraît pas non plus susceptible de difficulté. La loi est un titre nouveau qui donne hypothèque à la femme à partir de sa date; cette hypothèque prime donc les hypothèques judiciaires ou conventionnelles qui n'ont été acquises que plus tard.

A plus forte raison doit-il en être de même à l'égard des créanciers chirographaires dont les titres n'ont acquis date certaine que depuis la loi de 1838. Ils ne peuvent être mis en balance avec les droits hypothécaires antérieurs.

Mais que doit-on décider relativement aux créanciers chirographaires antérieurs à 1838, et relativement aux créanciers hypothécaires dont le titre est antérieur à 1838, et qui n'ont pris inscription que postérieurement? C'est ici que commence la difficulté. Elle consiste à savoir si les créanciers chirographaires antérieurs, et les créanciers hypothécaires non inscrits antérieurement, qui leur sont assimilables, avaient, avant la loi de 1838, un droit acquis que cette loi n'a pu leur enlever. Deux arrêts de la cour de cassation, du 3 janvier 1838 (1), l'ont jugée négativement, et avec raison, par les motifs suivants qui offrent le résumé de tous les moyens qui peuvent être invoqués pour établir le droit de préférence des femmes sur les créanciers chirographaires antérieurs : « attendu qu'à dater de la loi du 28 mai 1838, l'article 563 est devenu le droit commun et a régi l'hypothèque légale des femmes dans toutes les faillites ouvertes postérieurement; — attendu qu'en appliquant cet article lors même qu'il y a des créanciers chirographaires antérieurs à la promulgation, on ne lui donne pas d'effet rétroactif, parce que ces créanciers n'avaient point à l'égard de la femme du failli et pour repousser l'hypothèque par elle réclamée, de droits définitivement acquis et irrévocablement conférés ; que leurs titres, en effet, ne leur attribuent aucune cause de préférence, aucun droit singulier ou spécial sur les immeubles de leur débiteur qui pouvait valablement les aliéner ou les grever d'hypothèque ; que soumis ainsi aux éventualités des conventions faites avec le failli, tant qu'il avait eu le libre exercice de ses droits, ils doivent l'être à plus forte raison aux modifications législatives dont l'expérience a fait connaître la nécessité, et que l'intérêt public a réclamées ; — attendu d'ailleurs que la faillite donnait seule

(1) Dev. et Car., 44, 1, 106.

aux créanciers le droit de faire restreindre l'hypothèque légale en vertu de l'article 551 du Code de commerce; que l'ouverture de la faillite est un fait qui tombe sous l'empire de la législation alors existante, et que ce fait exceptionnel n'a pas, relativement aux créances nées antérieurement, le caractère ou la conséquence d'une condition à laquelle on puisse appliquer l'article 1179 du Code civil.... »

La seconde question transitoire naît du rapprochement de l'ancien article 549 du Code de commerce, qui refuse *dans tous les cas* à la femme le droit d'exercer, dans la faillite, aucune action pour raison des avantages portés au contrat de mariage, et du nouvel article 564 qui ne refuse ce droit qu'à la femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou qui, n'ayant pas à cette époque de profession déterminée, est devenu commerçant dans l'année qui suit cette célébration. D'où la question de savoir lequel des deux articles est applicable à la faillite ouverte après la loi de 1838, d'un commerçant marié avant cette loi. On doit la résoudre au moyen d'une distinction entre le cas où le mari a embrassé la profession commerciale avant 1838, et celle où il ne l'a embrassée que depuis. Dans le premier cas, la condition dont l'ancien article 549 faisait dépendre la restriction des droits de la femme étant accomplie avant la loi de 1838, et ayant fixé la position respective des parties, la survenance de cette loi ne pourrait la modifier sans produire un effet rétroactif. Dans le second cas, cette condition ne s'étant pas accomplie et les droits de la femme étant encore entiers, ils se trouvent conservés par la loi de 1838 qui seule peut déterminer les effets de la profession commerciale que le mari embrasserait sous son empire [1].

---

[1] M. Cubain; *Droits des femmes*, n. 632.

CHAPITRE II.

DES HÉRITIERS DES COMMERÇANTS.

SOMMAIRE. — 403. Ce qu'on entend par héritier. — 404. L'héritier représente la personne du défunt. Conséquences de ce principe. Distinction entre les droits actifs et les droits passifs. Droits actifs. — 405. Droits passifs. Compétence relativement aux actions dirigées contre les veuves et héritiers des commerçants. — 406. Actions nouvelles et actions en reprise d'instance. — 407. Actions relatives à l'exécution des jugements rendus contre le défunt. — 408. Compétence à raison du domicile. — 409. *Quid?* si l'héritier est engagé dans les ordres sacrés. — 410. Compétence des arbitres forcés et des arbitres volontaires. — 411. Le compromis constitue pour les héritiers une obligation indivisible. — 412. Voies d'exécution contre les héritiers. Contrainte par corps. — 413. Les délais, déchéances et prescriptions qui couraient contre le défunt, courent contre ses héritiers. — 414. Les prescriptions courtes établies par le Code de commerce courent-elles contre les héritiers mineurs? — 415. Payement des dettes par les héritiers. — 416. Renonciation ou acceptation sous bénéfice d'inventaire. — 417. Résumé.

403. On entend par *héritier* celui qui recueille, à titre successif, tous les droits actifs et passifs qu'avait un défunt au moment de sa mort [1], ce qui comprend à la fois ceux qui ne doivent leur qualité qu'à la loi, c'est-à-dire les héritiers du sang; et ceux qui la doivent à la volonté du défunt, c'est-à-dire les héritiers institués ou légataires universels [2].

404. L'héritier représente et continue la personne du défunt; c'est ce qu'exprime cet adage du droit *hæres sustinet personam defuncti.* Il suit de là que toutes les demandes qui pouvaient être formées contre le défunt peuvent être formées contre son héritier; et que l'héritier peut intenter toutes les actions qui appartenaient au défunt.

Ces principes généraux du droit civil sont aussi ceux du droit commercial : *pactum factum cum aliquo,* dit la rote de Gênes, *comprehendit ejus hæredem licet de hærede non fuerit*

---

(1) M. Merlin, *Répert.* v° *Héritier.*
(2) C. civ., 1002, 1004.

facta mentio (1). La transmission des biens par succession est un fait qui s'opère en vertu du droit civil; elle reste donc en dehors des règles du droit commercial qui lui sont complètement étrangères.

Il n'y a, en conséquence, aucun doute sur le point de savoir si les droits commerciaux, actifs ou passifs, passent du défunt à ses héritiers; en ce qui touche les droits eux-mêmes, c'est-à-dire en ce qui touche la faculté de poursuivre l'exécution du contrat et l'obligation de l'exécuter. Mais il en est autrement en ce qui touche les accessoires commerciaux de l'obligation, soit qu'il s'agisse du mode de poursuite, soit qu'il s'agisse du mode d'exécution. On peut alors se demander à qui, du droit civil ou du droit commercial, appartient l'empire.

Il faut d'abord remarquer qu'il n'y a question que relativement aux droits passifs échus à l'héritier du chef du défunt. Quant aux droits actifs, l'héritier les exerce comme le défunt lui-même les aurait exercés, et il a contre les débiteurs toutes les voies d'action ou d'exécution auxquels ceux-ci se sont soumis, parce que ces voies d'action ou d'exécution, sont la conséquence d'une obligation personnellement prise par le débiteur, et ne reçoivent dès-lors aucune modification des changements qui peuvent s'opérer en la personne du créancier.

En conséquence, l'héritier qui trouve des obligations commerciales dans la succession du défunt, peut poursuivre commercialement les débiteurs, les citer devant la juridiction consulaire, et employer contre eux toutes les voies d'exécution que lui donnent son titre ou leur qualité.

405. Mais quand l'héritier est débiteur du chef du défunt,

---

(1) Décis. 101, n. 2. V. aussi Ansaldus, *Disc.* 34, n. 4.

à raison d'obligations commerciales, plusieurs questions peuvent se présenter.

La première est de savoir si l'héritier d'un commerçant, qui n'est pas commerçant lui-même, peut être assigné devant le tribunal de commerce à raison des engagements commerciaux pris par son auteur.

Cette question ne peut être un instant douteuse si l'on réfléchit que la compétence commerciale se fondant sur la nature de l'engagement, et non sur la qualité du débiteur, ne peut éprouver aucune modification d'un changement qui, survenu dans la personne du débiteur, ne touche pas à la nature de l'engagement : l'héritier est donc, comme le défunt lui-même, valablement assigné devant le tribunal de commerce.

Il faut en dire autant de la veuve commune en biens qui, tenue avec son mari défunt des dettes de la communauté, lui succède en quelque sorte dans sa qualité de représentant de cette même communauté.

Ces règles ont été consacrées par une suite non interrompue de dispositions législatives, depuis l'édit de 1563, portant création des juges-consuls, jusqu'au Code de procédure qui nous régit aujourd'hui.

« Connaîtront lesdits juges et consuls des marchands, disait l'article 3 de l'édit de 1563, de tous procès et différents qui seront ci-après mus entre marchands, leurs veuves, marchandes publiques, etc. »

« Les veuves et héritiers des marchands, négociants et autres, contre lesquels on pourrait se pourvoir devant les juges et consuls, disait l'article 16 du titre 12 de l'ordonnance de 1673, y seront assignés ou en reprise ou par nouvelle action. »

Enfin est venu l'article 426 du Code de procédure qui porte d'une manière encore plus précise : « Les veuves et

héritiers des justiciables du tribunal de commerce y seront assignés en reprise ou par action nouvelle, sauf, si les qualités sont contestées, à les renvoyer aux tribunaux ordinaires pour y être réglés, et ensuite être jugé sur le fond au tribunal de commerce. »

Sous l'empire de l'édit de 1568 et de l'ordonnance de 1673, c'était une question que de savoir si les veuves et héritiers des commerçants, ou autres justiciables des tribunaux consulaires, devaient être assignés devant cette juridiction, quand ils n'étaient pas commerçants eux-mêmes. « Il faut entendre ainsi cette clause, disait Bornier (1), pourvu que les veuves et héritiers continuent le train et trafic de marchandise, autrement ils ne seront pas sujets à cette juridiction, comme il a été jugé par des arrêts des 20 avril 1573 et 15 mars 1574. » (2) Mais d'autres auteurs en plus grand nombre avaient adopté l'opinion contraire et décidaient que les veuves et héritiers des commerçants devaient être assignés devant les juges consuls, bien qu'ils ne fussent pas commerçants eux-mêmes, par ce motif que la juridiction était déterminée dans ce cas, non par la qualité de la personne, mais par la nature de l'engagement (3). C'est aussi en ce dernier sens que se sont prononcés plusieurs arrêts de la Cour de cassation, rendus sous l'empire de l'ordonnance de 1673. Je me bornerai à citer un arrêt du 20 frimaire an XI (4), dont les motifs expliquent la cause de cette divergence entre les anciens auteurs, et de l'erreur dans laquelle était tombé Bornier et ses

---

(1) Sur l'art. 16 de l'ordonnance.

(2) Dans le même sens, voy. Belordeau, en ses *Observations*, article 14.

(3) Toubeau, t. I, p. 362; Chenu, *Recueil de règlements*, t. I, p. 362; Jousse, sur l'art. 16 de l'ordonnance; Savary, t. II, p. 66.

(4) Dev. et Car., 2, 1, 36.

adhérents... « Attendu, porte cet arrêt, que si quelques commentateurs semblent avoir émis une opinion différente en se fondant sur ces expressions de l'édit du mois de novembre 1563 : « Connaîtront lesdits juges et consuls, de tous procès « et différents qui seront ci-après mus entre marchands pour « fait des marchandises, seulement, leurs veuves, marchandes « publiques, etc. » Il paraît que cette opinion a pour base l'absence du signe disjonctif entre les mots : *leurs veuves*, et ceux *marchandes publiques;* signe qui manque en effet dans quelques éditions modernes de l'édit, quoiqu'il se trouve dans les plus anciens et les plus authentiques exemplaires de cette loi ; mais qu'au surplus les doutes mêmes qui pouvaient naître de l'édit de 1563 doivent s'évanouir à la lecture de l'article 16 de l'ordonnance de 1673, dont la disposition est précise et ne présente aucune ambiguité... » (¹).

La question ne s'est plus présentée sous le Code de procédure rédigé dans des termes fort analogues à ceux de l'ordonnance de 1673. Et elle ne pouvait pas se présenter avec quelques chances de succès, car le silence de la loi sur le point de savoir si les héritiers des justiciables des tribunaux de commerce peuvent être traduits devant ces tribunaux, bien qu'ils ne soient pas commerçants, est très significatif. Il laisse les choses sous l'empire du droit commun, et le droit commun veut que les héritiers qui représentent le défunt soient tenus de procéder où il aurait procédé lui-même.

Straccha est, il est vrai, d'une opinion contraire. Il distingue le cas où le statut local, la loi municipale (*lex municipalis*) a établi des tribunaux consulaires ou de commerce, du cas où des consuls ont été établis par les commerçants

(¹) Voy. t. I, n. 72.

eux-mêmes; dans le premier cas, il décide que les héritiers des commerçants ne peuvent être tenus de procéder devant les juges consuls, si eux-mêmes ne sont pas commerçants; dans le second cas, au contraire, il admet d'une manière générale que les héritiers sont justiciables de ces magistrats. Il pose ainsi la question d'après un autre jurisconsulte plus ancien : *Lege municipali consulibus in causis mercatorum jurisdictio tribuitur : nùm ad hæredes mercatorum, qui tamen mercatores non sint, porrigenda? Et ait referendam non esse, et consequenter consules hæredum mercatorum judices non esse, hæreditatemque negotiatricem et in hoc exercitio mercaturæ esse dici rectè non posse, cùm sit res incorporalis... Nec refert quod dicitur hæreditatem in multis partibus juris pro defuncto haberi, quoniam illud ex fictione est introductum, ad quam lex municipalis non refertur. ... Quæ sententia vera est,* ajoute Straccha, *si lege municipali quam sibi civitas aliqua constituisset caveretur. At si mercatorum lege et quam ipsi sibi mercatores constituissent in suprà scripta verba decretum esset, dici fortè posset et non incoloratè hæredem mercatoris coràm consulibus conveniri posse ex negotio mercaturæ quod defunctus, dùm vixit, gessit et administravit; movet quod non semel diximus, hàc eâdem parte statuta mercatorum pacta et conventiones dici, et propterea et mercatores et mercatorum hæredes hoc jure uti obstrictos esse* (1).

Si cette distinction devait être suivie, il en résulterait qu'aujourd'hui la loi qui attribue compétence aux tribunaux de commerce sur les héritiers des commerçants, devrait s'entendre du cas seulement où les héritiers sont eux-mêmes commerçants, puisque c'est là une loi générale que Straccha aurait appelée une loi municipale, et non pas un statut fait et

(1) *Quomodò in causis mercatorum procedendum sit, ult., part., n. 44.*

arrêté par les marchands, une convention opposable à leurs héritiers. Mais cette opinion de Straccha et de ses devanciers repose sur une erreur qui leur a fait attribuer à la compétence des juges consuls, un caractère personnel, tandis qu'elle a un caractère purement réel. C'est l'obligation qui, par son caractère commercial, entraîne les héritiers devant la juridiction consulaire; leur qualité personnelle devient dès-lors complètement indifférente; et il importe peu de savoir jusqu'à quel point ils représentent le défunt dans un cas où il ne s'agit pas d'un droit ou d'une obligation exclusivement attaché à sa personne.

406. Aux termes de l'article 426 du Code de procédure, les veuves et héritiers des justiciables du tribunal de commerce, y doivent être assignés, soit en reprise d'instance, soit par action nouvelle; c'est-à-dire que, soit qu'il y ait eu une demande antérieure formée contre le défunt et une instance introduite contre lui, soit qu'aucune demande n'ait été formée avant son décès, la veuve et les héritiers peuvent être assignés dans un cas comme dans l'autre. C'est dans ce sens qu'il a été jugé par la Cour de Paris, le 16 mars 1812 (1), que les mots *action nouvelle* dont se sert l'article 426, sont synonymes des mots *action principale* et ne supposent nullement que, pour établir la compétence consulaire contre les veuves et héritiers, il faille qu'il ait déjà été intenté une action contre le défunt.

407. Mais la compétence reconnue aux tribunaux de commerce sur les veuves et héritiers des commerçants ne modifie point les règles ordinaires sur la compétence de ces tribunaux. Ainsi, de ce que les veuves et héritiers des commerçants doivent être assignés, par action nouvelle, devant

(1) Dev. et Car., 4, 2, 62; Dall., 8, 337.

les tribunaux de commerce, on ne saurait en conclure que cette action nouvelle puisse être formée contre eux quand le tribunal de commerce a épuisé sa compétence contre le défunt, et par exemple, qu'on puisse les assigner devant le tribunal de commerce, pour voir ordonner contre eux l'exécution d'un jugement rendu par ce tribunal contre le défunt lui-même, puisqu'il est de règle que les tribunaux de commerce sont incompétents pour connaître de l'exécution de leurs jugements (1). C'est une prétention de ce genre que repousse un arrêt de la Cour de cassation du 3 brumaire an XII (2), par ce motif que les tribunaux de commerce ne sont compétents vis-à-vis des veuves et des héritiers, qu'autant que le défunt qu'ils représentent pourrait lui-même y être appelé, et que, lorsque le défunt a déjà été condamné, la demande formée contre les héritiers afin d'exécution, du jugement, n'est plus qu'un acte d'exécution dont la connaissance appartient nécessairement aux tribunaux ordinaires.

408. Les héritiers étant assignés comme représentants du défunt dont ils continuent la personne, il en résulte qu'ils sont justiciables du tribunal de commerce dont le défunt était lui-même justiciable, et non du tribunal de commerce de leur domicile. C'est ce qu'on doit conclure de ces mots de l'article 426 du Code de procédure : « les veuves et héri- « tiers des justiciables des tribunaux de commerce, y seront « assignés en reprise d'instance ou par action nouvelle ; » expressions qui ne peuvent s'entendre que du tribunal même dont le défunt était justiciable, puisqu'elles placent sur la même ligne l'action nouvelle et la reprise d'instance qui n'a lieu que devant un tribunal déjà saisi : ce qui démontre

(1) C. proc., art. 422.
(2) Dev. et Car., 1, 1, 877; Dall., 3, 366.

que dans l'esprit de la disposition il s'agit du tribunal qui aurait dû connaître de l'affaire si le défunt avait survécu (1).

409. On décidait communément, dans l'ancien droit, que si l'héritier d'un marchand était engagé dans les ordres ecclésiastiques, il n'était pas tenu de subir la juridiction des consuls : c'était par suite d'un privilège de cléricature (2) que la succession aux biens d'un laïque ne pouvait pas lui faire perdre (3) : *nec enim privilegium fori perdit clericus, si laico succedat, ut ex personâ laici conveniri possit, quia concessum est privilegium favore publico et ratione totius clericalis ordinis* (4). Mais aujourd'hui les régles de notre droit public n'admettent pas de semblable privilège. Il n'y a qu'une loi pour tous, et les juges institués par cette loi étendent leur juridiction sur tous les citoyens, quelle que soit d'ailleurs leur qualité ou leur état.

410. De ce que les héritiers et les veuves des justiciables des tribunaux de commerce doivent y être assignés, il en résulte que si le défunt est justiciable d'une autre juridiction qu'une disposition de la loi substitue en certain cas aux tribunaux de commerce, c'est devant cette juridiction que les veuves et les héritiers doivent être traduits. C'est ainsi qu'en matière de société commerciale les arbitres forcés, compétents pour connaître des contestations qui s'élèvent entre associés, sont également compétents après le décès des associés ou de l'un d'eux, pour connaître des contestations relatives à la sosociété (5). Il y a plus : la compétence arbitrale subsiste encore à l'égard des héritiers et des veuves, quoique, par des stipu-

---

(1) Liége, 11 avril 1821 (Dev. et Car., 6, 2, 401; Dall., 3, 337).
(2) Héricourt, *Lois ecclésiast.*, 1re part., ch. 19, n. 8.
(3) Bornier, sur l'art. 16 de l'ordonn.
(4) Straccha, *Quomodo in causis mercat., ult., part.*, n. 45.
(5) C. com., art. 62.

lations particulières, les associés aient modifié les règles générales de l'arbitrage forcé ([1]). Et même, en toute autre matière qu'en matière de société, le compromis par lequel le défunt s'est soumis au jugement d'arbitres volontaires, oblige également ses successeurs ([2]) : le tout par une conséquence de ce principe général du Droit civil dont l'application a fréquemment lieu en matière commerciale, qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayant-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature même de la convention ([3]). C'est ici que peuvent s'appliquer les paroles de Straccha que j'ai déjà citées ([4]) : *Statuta mercatorum pacta et conventiones dici, et propterea et mercatores et mercatorum hæredes hoc jure uti obstrictos esse.*

Du reste il y a sur ce point une distinction fort importante à faire entre l'arbitrage forcé et l'arbitrage volontaire, pour le cas où il y a des héritiers mineurs. En cas d'arbitrage forcé, c'est-à-dire lorsque la loi impose elle-même la juridiction arbitrale, les héritiers mineurs se trouvent obligés, comme l'était leur auteur lui-même, de subir cette juridiction, de même qu'ils sont obligés de subir celle des tribunaux ordinaires : les arbitres sont les juges ordinaires en matière de société. Il suit de là que les stipulations par lesquelles les parties ont modifié l'arbitrage forcé, celles, par exemple, qui ont pour objet la renonciation à une voie de recours, sont opposables à leurs héritiers mineurs, tout comme cette renonciation serait opposable aux mineurs, si elle était faite à l'occasion du jugement d'un tribunal ordinaire ([5]). Au contraire, quand il s'agit

---

([1]) *Ibid.*
([2]) C. proc. civ., 1013
([3]) C. civ., 1122.
([4]) *Sup.*, n. 403.
([5]) Cass., 8 mai 1837 (Dev. et Car., 37, 1, 369. Voy. *sup.*, n. 134 et suiv.

d'un arbitrage volontaire, c'est-à-dire, d'une dérogation aux lois ordinaires de la compétence, d'une convention qui a pour objet de soustraire les parties à leurs juges naturels, et de priver les mineurs des formes protectrices que la loi a établies en leur faveur, une telle stipulation, qui lie les héritiers majeurs, parce que leur auteur a pu renoncer pour eux à des garanties auxquelles ils auraient pu eux-mêmes renoncer, ne saurait être opposable aux héritiers mineurs, desquels une pareille renonciation ne pourrait directement émaner (1).

411. Il est à remarquer, à l'égard du compromis qui passe du défunt à ses héritiers, qu'il constitue pour ceux-ci une obligation indivisible; de telle sorte que si le défunt avait fait un compromis qui ne contiendrait pas nomination des arbitres, mais seulement obligation d'en nommer, dans un certain délai, faute de quoi les arbitres seraient nommés par le tribunal, l'appel interjeté par l'un des héritiers du jugement qui a fait cette nomination, profiterait à ses co-héritiers comme rendu en matière indivisible (2).

412. Si la manière de procéder est la même contre les héritiers que contre leur auteur, il en est autrement du mode d'exécution et spécialement de la contrainte par corps, qui ne peut jamais être prononcée contre les héritiers non commerçants des justiciables des tribunaux de commerce. Ils ne peuvent jamais être contraints que sur leurs biens. La raison de cette différence entre le mode de procéder et le mode d'exécuter, tient à ce que le mode de procéder est une conséquence de la nature de l'affaire, tandis que la contrainte par corps est le résultat d'une convention par laquelle le

(1) Cass., 28 janvier 1859 (Dev. et Car., 59, 1, 115).
(2) Bordeaux, 4 avril 1829 (Dev. et Car., 9, 2, 244; Dall., 29, 2, 216).

débiteur a donné ou est présumé avoir donné sa personne même en gage, convention qui cesse d'être exécutable dès que la personne a disparu. C'est là une obligation exclusivement attachée à la personne de l'obligé, complètement étrangère aux biens; et, pour me servir d'une expression de Domat, ce n'est pas un droit ayant affectation sur l'hérédité (1). *Quando debitor obligavit personam et bona sua,* dit Peckius (2), *ratione hujus obligationis hæres capi non potest, licet debitor potuisset, tum quia conventio est merè personalis, quæ ad aliam personam non transit, sicut etiam non transit privilegium personale; tum quià hæres ad hoc non fuit obligatus, nec potuit defunctus hæredem qui non contraxit ad arrestum, et sic per consequens ad carcerem, nisi solvat aut caveat, obligare; sed illa obligatio censetur extincta per mortem debitoris quoad hæredes.* Peckius, et les auteurs qu'il cite, distinguent, il est vrai, entre le cas où la contrainte résulte d'une obligation expresse, et celui où elle résulte de la volonté même de la loi, pour faire prévaloir, dans ce dernier cas, la règle générale qui considère l'héritier comme la continuation de la personne du défunt : *Ex differentiâ quando lex vel ordinatio concedit jus capiendi debitorem; tunc etiam hæres detineri et capi posset, quia debitor est, et quia lex semper loquitur.* Mais il est évident que cette distinction, qui, aujourd'hui, serait d'autant moins admissible que la contrainte par corps ne peut jamais être stipulée, et n'a lieu que par la volonté de la loi, n'est pas fondée, en elle-même, puisque, soit que le débiteur stipule, soit que la loi stipule pour lui, il contracte toujours une obligation purement personnelle, *merè personalis,* qui ne passe pas à ses héritiers.

---

(1) *Lois civ.*, liv. I, tit. 1, sect. 9, n. 1.
(2) *De jure sistendi,* cap. 10.

Aussi de tout temps en France on a décidé que les héritiers des commerçants ne pouvaient être soumis à la contrainte par corps à laquelle étaient soumis leurs auteurs. Le compilateur des lois, ordonnances et privilèges des foires de Brie, Champagne et Toulouse, dit en termes exprès que les prieurs et consuls de ces foires ne peuvent décerner arrêt de prise de corps contre les héritiers de ceux qui sont sujets à leur juridiction, suivant l'arrêt de vérification deslettres d'érection du 8 mars 1551, qui, se fondant tant sur la commune disposition du droit que sur les ordonnances royaux, n'enregistra ces lettres-patentes qu'en exprimant que la contrainte par corps n'aurait pas lieu contre les héritiers. Un arrêt du Conseil du 15 septembre 1542, rendu entre le conservateur des privilèges de foires de Lyon et le syndic de la province de Languedoc, dit bien que le créancier aura semblable contrainte contre l'héritier que contre le défunt; mais il ajoute *sur les biens*, et *non capture de la personne.* Enfin les privilèges des foires de Lyon n'ont été enregistrés au Parlement de Bretagne, le 21 avril 1561, qu'à condition qu'il n'y aurait aucune contrainte par corps contre les héritiers des marchands fréquentant lesdites foires (1). Les lois générales se sont conformées à ces précédents. L'article 12 de l'édit du mois de novembre 1563, portant établissement des consuls, déclare expressément que les exécutions commencées contre les condamnés seront parachevées contre leurs héritiers sur *leurs biens seulement;* un règlement du 3 janvier 1613, fait pour les juges et consuls de Paris, complète cette disposition en ajoutant « que le greffier ne pourra signer aucune sentence contre les veuve ou héritiers d'un débiteur, où il y ait contrainte par corps, mais pour être exé-

(1) Toubeau, t. I, p. 565.

cutée sur les biens seulement [1]; » et toutes ces anciennes dispositions sont aujourd'hui remplacées par l'article 2 de la loi du 17 avril 1832, aux termes duquel les veuves et héritiers des justiciables des tribunaux de commerce, assignés en reprise d'instance ou par action nouvelle, en raison de leur qualité, ne sont pas soumis à la contrainte par corps [2].

Cependant, il y a eu des exemples de législations qui ont permis d'emprisonner l'héritier du débiteur commerçant. Tel était l'ancien statut de Florence. Mais sous l'empire de ce statut, on décidait qu'il n'était applicable qu'aux héritiers majeurs, et jamais aux héritiers mineurs. *Statutum florentinum,* dit Ansaldus [3], *quod et si generaliter et universaliter præcipiat capi posse etiam hæredem debitoris, attamen quia constitutio hæc est odiosa, restringenda est secundum regulam juris communis, et per consequens, non habet locum in hærede minore.*

413. Quant aux délais ou aux déchéances qui couraient contre le défunt, ils courent aussi contre ses héritiers, sauf l'application des règles particulières aux reprises d'instances [4]. Les héritiers sont donc soumis aux mêmes prescriptions que leur auteur; et les prescriptions ne sont pas suspendues pendant le temps qui leur est donné pour faire inventaire et délibérer à l'effet d'accepter ou de répudier la succession [5], par le motif que les actes nécessaires pour interrompre la prescription sont des actes conservatoires que

---

(1) Bornier, sur l'article 16 de l'ordonnance; Jousse, sur ce même article.

(2) Bruxelles, 13 janvier 1813 (Dev. et Car., 4, 2, 256; Dall., 5, 692).

(3) *Disc.* 58, n. 43.

(4) C. proc., 342 et suiv.

(5) C. civ., 795, 2259.

l'héritier peut faire sans s'exposer à prendre qualité, et qu'il est par conséquent de son devoir de faire dans l'intérêt de la succession [1]. C'était là une règle générale qui s'applique à tous les cas, à tous les actes et à tous les délais. Elle s'applique, par conséquent, aux très courts délais impartis pour la poursuite des souscripteurs ou endosseurs d'une lettre de change. C'est l'opinion d'Heineccius : *Quæritur an et adversus hæredes illa rigida persecutio cambialis competat? id quod affirmant leges cambiales, adeò ut ne spatium quidem deliberandi hæredibus indulgeant* [2].

414. C'est une question que de savoir, quand les héritiers sont mineurs, si les règles qui précèdent sur la prescription leur sont applicables. Aux termes de l'article 2252 du Code civil, la prescription ne court pas contre les mineurs; tel est le principe applicable en matière commerciale comme en matière civile. Mais ce même article et l'article 2278 exceptent certaines prescriptions, notamment les prescriptions courtes de six mois, un an et cinq ans, dans les cas prévus par les articles 2271 à 2277; ces prescriptions courent contre les héritiers mineurs comme elles couraient contre leur auteur défunt. Il n'y a pas de difficulté tant qu'on reste dans les termes du Code civil, c'est-à-dire tant qu'il s'agit des prescriptions établies par les articles précités de ce Code. La difficulté commence lorsqu'il s'agit des prescriptions particulières établies par le Code de commerce, telles que la prescription de cinq ans, établie par l'article 189 du Code de commerce, en matière de lettres de change; par l'article 64 du même Code, en matière de société, contre les associés non liquidateurs, leurs

---

(1) Pothier, *Des oblig.*, n. 650; M. Troplong, *De la prescription*, n. 808.

(2) *Élem. jur. camb.*, cap. 5, § 11.

veuves, héritiers ou ayants-cause; et par l'article 432 pour les actions résultant d'un contrat à la grosse ou d'une police d'assurance; telles que la prescription d'un an établies par l'article 433 pour les actions résultant d'un contrat de louage maritime. On peut se demander alors si ces prescriptions sont soumises à la règle générale de l'article 2252 du Code civil, qui suspend à l'égard des mineurs le cours de la prescription; ou si, au contraire, elles sont soumises à la règle exceptionnelle de ce même article et de l'article 2278 qui fait courir les prescriptions courtes même contre les mineurs.

Cette question a été soulevée lors de la discussion du Code de commerce, à l'occasion de l'article 64 relatif à la prescription de cinq ans, en matière de société. M. Réal demanda si cette prescription courrait contre les mineurs, et M. Cambacérès répondit que, de droit commun, la prescription était suspendue pendant la minorité, *contra valentem agere non currit prescriptio;* mais qu'il faudrait que la rédaction fît apercevoir ce principe. Cette conversation en resta là, et l'article 64 du Code de commerce fut rédigé tel qu'il avait été proposé (1).

De là M. Locré conclut que la prescription de cinq ans ne court pas contre les mineurs (2); mais cette conclusion me semble loin d'être justifiée par les paroles échangées entre deux membres du Conseil-d'État : ces paroles sont sans doute la manifestation d'un vœu; mais comme elles sont restées sans écho et que rien ne leur répond dans la rédaction définitive, on ne peut y trouver la preuve que ce vœu ait été entendu et exaucé.

Dans mon opinion, au contraire, on doit tirer une toute

(1) *Procès-verbaux*, t. I, p. 332, n. 42.
(2) Sur l'art. 64, n. 2.

autre conclusion des dispositions législatives qui régissent la matière.

Rappelons d'abord les termes de l'article 2252 du Code civil : « La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'article 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi. » Comme on le voit, cet article fait exception à la règle générale pour deux sortes d'hypothèses, d'abord pour les prescriptions mentionnées en l'article 2278, c'est-à-dire, comme je l'ai déjà expliqué, pour les prescriptions de six mois, un an et cinq ans, établies par les articles 2271 et 2277, composant la section 4 du chapitre 5 du titre *des prescriptions;* ensuite, pour toutes les prescriptions à l'égard desquelles cette exception résulte d'une disposition particulière. Or si l'on réfléchit que les prescriptions d'un an et de cinq ans, établies par les articles précités du Code de commerce, sont de la même nature que celles pour lesquelles les articles 2252 et 2278 font exception à la règle générale qui suspend le cours de la prescription pendant la minorité; que les inconvénients qui ont fait rejeter cette suspension en matière civile seraient les mêmes, avec encore plus de gravité en matière commerciale, on est assurément porté à en conclure que les prescriptions courtes établies par le Code de commerce doivent être soumises à la même règle que les prescriptions courtes établies par le Code civil. Sans doute, comme il s'agit d'une exception au droit commun qui ne peut être étendue, cette assimilation ne suffirait pas pour autoriser l'application de cette exception à un cas autre que ceux pour lesquels elle est spécialement faite. Mais il est permis logiquement de penser que l'esprit qui inspirait les rédacteurs du Code civil n'a pas fait défaut aux rédacteurs du Code de commerce; que ceux-ci n'ont pas fermé les yeux aux inconvénients qui avaient frappé ceux-là;

et, par conséquent, on doit, dans l'interprétation des dispositions du Code de commerce, admettre plus facilement celle qui conduit à un résultat conforme aux règles admises par le droit civil, que celle qui, en les contrariant, contrarierait en même temps toutes les règles de la logique et du raisonnement.

Cela posé, si l'on examine les divers articles du Code de commerce relatifs aux prescriptions, on reconnaît aussitôt qu'ils emploient la même formule : *toutes actions* contre les associés, dit l'article 64; *toutes actions* en matière de lettres de change, dit l'article 189; *toute action* dérivant d'un contrat à la grosse ou d'une police d'assurance, dit l'article 432; *toute action* en payement pour le frêt d'un navire, etc., dit l'article 433. Ces mots *toutes actions* sont fort généraux, et ne permettent pas de distinguer entre les actions intéressant les majeurs et celles intéressant les mineurs, puisqu'alors les dispositions des articles précités ne s'appliqueraient plus à *toutes actions*. Ils posent donc pour les matières commerciales un principe particulier qui déroge au principe général, qui suspend la prescription contre les héritiers mineurs, et qui rentre dans l'exception même admise par l'article 2252 du Code civil pour tous les cas déterminés par la loi. Il y a là en effet une détermination formelle et suffisamment claire pour qui sait la comprendre. C'est ce que reconnaît M. Locré qui oublie, en parlant de l'article 188, ce qu'il avait dit en parlant de l'article 64. « Ces mots *toutes actions*, dit-il, qui excluent toute exception quelle qu'elle soit, font aussi courir la prescription contre les mineurs non marchands et contre les interdits, conformément à l'ordonnance de 1673 [1]; il ne faut pas parce qu'une lettre de change ou

[1] Dont la disposition était plus précise que celle de l'art. 189 et de ses analogues.

un billet à ordre tombe par succession ou autrement entre les mains d'un incapable, que toutes les opérations commerciales dont cet effet a été ou est encore l'instrument soient suspendues. C'est ainsi que le Code civil, qui établit la règle générale que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, fait cependant cesser cette règle à l'égard des actions dont la durée ne peut se prolonger sans inconvénients. Il n'est donc plus d'action résultant soit d'une lettre de change, soit d'un billet à ordre, quand il est effet de commerce, qui ne tombe sous la prescription quinquennale. »

Telle est aussi l'opinion de M. Pardessus (1); mais cet auteur raisonne de manière à en compromettre le succès. En effet, tout en reconnaissant la généralité de ces mots *toutes actions*, il trouve que cette locution n'équivaut pas à une disposition formelle soumettant les mineurs aux effets de la prescription; il s'attache dès-lors à prouver que l'on ne saurait conclure du *silence* du Code qu'il faille appliquer, dans les cas dont il s'agit, la règle qui met le mineur à l'abri de la prescription; et il se fonde soit sur l'article 2278 du Code civil, soit surtout sur l'article 1107 du même Code, aux termes duquel les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce. Veut-il dire par là que l'article 2252 n'est pas applicable en matière commerciale, et qu'il n'est pas dès-lors nécessaire que le Code de commerce y ait dérogé d'une manière expresse? Ce serait soustraire les matières commerciales aux principes généraux du droit qui les régissent, dans tous les cas où il n'y est pas dérogé soit par la convention, soit par une loi particulière (2); ce que M. Pardessus reconnaît lui-

(1) *Traité des lettres de change*, n. 551.
(2) Voy. tome I, n. 82, et tome IV, liv. v, tit. 1, ch. 1, sect. 2.

même en invoquant l'article 2278. Veut-il dire que les lois commerciales peuvent déroger aux lois civiles? Mais c'est là une vérité triviale qu'il était d'autant moins nécessaire de rappeler ici que, suivant M. Pardessus, le Code de commerce ne contient aucune disposition formelle qui déroge au principe général de l'article 2252. Ce raisonnement, loin d'être concluant, pourrait donc se retourner contre l'opinion à laquelle se range en définitive M. Pardessus. Son vice provient d'une erreur dans laquelle sont fréquemment tombés la plupart des auteurs qui ont écrit sur le droit commercial, et qui consiste à soustraire avec beaucoup trop de facilité les matières commerciales à l'influence et à l'empire du droit civil. Quand on a cité un article du Code civil qui rappelle d'une manière générale et plus ou moins vague l'autorité des lois ou des usages commerciaux, on croit avoir tout dit, et que cela suffit pour écarter les règles du droit civil dont l'application embarrasse. On se trompe : sans doute les lois commerciales peuvent déroger aux lois civiles; mais quand il s'agit d'un principe du droit commun, tel que celui qui suspend la prescription contre les mineurs, il faut une dérogation expresse et formelle, pour que le principe général cesse d'être applicable. Cette dérogation résulte-t-elle ici des termes mêmes du Code de commerce? Voilà ce qu'il s'agissait de prouver, et ce que je crois avoir établi ([1]). Hors de là, on tourne dans un cercle vicieux, on se perd dans le domaine des conjectures, et la science, qui ne marche qu'appuyée sur la certitude, reste stationnaire.

415. Chaque co-héritier est tenu des dettes et charges qui

([1]) M. Merlin, *Répert.*, *add.*, t. XVII, p. 589; M. Troplong, *De la prescript.* t. II, n. 1038; Paris, 23 avril 1836 (Dev. et Car., 36, 2, 258). — Voy. *sup.* n. 137.

grèvent l'hérédité dans la proportion de sa part héréditaire (1), à moins que la dette ne soit indivisible (2).

Quant aux dettes desquelles le défunt était tenu solidairement, sa succession en est tenue de la même manière, mais elles se divisent entre tous les co-héritiers : la solidarité qui existe entre l'hérédité et ses co-débiteurs, n'existe pas également entre les héritiers.

Les héritiers sont tenus des dettes, non-seulement jusqu'à concurrence des forces de l'hérédité, mais encore sur leurs propres biens qui se confondent avec ceux du défunt et sont affectés au payement des dettes, au même titre et de la même manière que les valeurs héréditaires.

416. Du reste, les héritiers peuvent, en renonçant à la succession, se soustraire à l'obligation de payer les dettes; ou, en ne l'acceptant que sous bénéfice d'inventaire, se soustraire à l'obligation de les payer sur leurs biens propres.

Par la renonciation, le renonçant est censé n'avoir jamais été l'héritier du défunt : il ne peut par conséquent être tenu des dettes de celui dont il ne représente pas la personne, et dont il ne détient pas les biens.

Par l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, l'héritier continue et représente la personne du défunt; mais, au moyen de l'accomplissement de certaines conditions, il empêche la confusion du patrimoine du défunt avec le sien propre, et il se soustrait par là à l'obligation de payer les dettes de la succession au-delà des valeurs héréditaires (3).

La faculté de se soustraire à l'obligation de payer les dettes

---

(1) C. civ., 873.

(2) C. civ., 1221, 1222. « *Heredes tenentur in solidum pro omnibus obligationibus defuncti naturam individui habentibus.* Casaregis, *disc.* 83, n. 3 et 10.

(3) C. civ., 802.

en renonçant ou en acceptant sous bénéfice d'inventaire, était autrefois, dans plusieurs cités commerçantes, refusée aux fils dont les pères étaient morts faillis ou insolvables. Le statut de Florence, notamment, voulait que les fils même renonçants fussent obligés de payer les dettes de leurs pères (1). Les Rhodiens avaient une loi semblable. « Cette loi, dit Montesquieu (2), était donnée à une république fondée sur le commerce; or, je crois que la raison du commerce même y devait mettre cette limitation, que les dettes contractées par le père, depuis que le fils avait commencé à faire le commerce, n'affecteraient point les biens acquis par celui-ci. Un négociant doit toujours connaître ses obligations et se conduire à chaque instant suivant l'état de sa fortune. » Ces quelques paroles de l'auteur de l'*Esprit des Lois* suffisent pour montrer le vice de ces tentatives dont le résultat peut être, en certains cas, de porter atteinte au crédit qu'elles se proposent de maintenir.

Aujourd'hui, notre législation se borne à faire peser sur les enfants qui ne payent pas les dettes de leurs pères faillis, quelques-unes des incapacités politiques qui pèsent sur les faillis eux-mêmes (3).

Il est à remarquer d'ailleurs que lorsqu'un héritier assigné devant un tribunal de commerce, comme obligé pour le défunt, oppose sa renonciation, et qu'elle est contestée, c'est aux tribunaux civils ordinaires qu'il appartient de prononcer sur l'exception. Telle est la disposition expresse de l'article 426 du Code de procédure. Toutefois, il a été jugé avec raison que lorsqu'un fils, assigné comme héritier de son père de-

(1) Straccha, *De decoct.*, part. 4, n. 15 et suiv. Voy. Casaregis, *disc.* 209.

(2) Liv. xx, ch. 17.

(3) Voy. *sup.*, n. 256.

vant le tribunal de commerce, prétend n'être pas héritier, le tribunal de commerce n'est pas tenu de se déclarer incompétent pour statuer sur l'exception, tant qu'il n'est justifié par le fils d'aucune renonciation à la succession de son père : il n'y a pas là véritable contestation sur les qualités dans le sens de l'article 426 précité (1).

La renonciation ne peut avoir lieu de la part d'un héritier qui a déjà accepté la succession expressément ou tacitement. Et d'un autre côté, l'héritier bénéficiaire qui fait acte d'héritier pur et simple est déchu du bénéfice de l'inventaire et devient obligé sur ses biens propres. Il est réputé faire acte d'héritier pur et simple, quand, au lieu de se borner à administrer la succession, il agit comme propriétaire des valeurs héréditaires. Il a été jugé à cet égard que l'héritier bénéficiaire qui dispense du protêt le porteur d'un effet de commerce endossé par son auteur, alors que cette dispense a été donnée avant l'échéance de l'effet, et ne constitue pas une renonciation à une déchéance acquise, doit être considérée comme un simple acte d'administration, et non comme un acte d'héritier pur et simple (2).

417. Ici se terminent les notions relatives à l'application des lois civiles à la personne des commerçants et à la personne de ceux qui ont avec eux des intérêts communs, ou de ceux qui les représentent. Nous avons vu ce qui caractérise le commerçant; quelles personnes peuvent faire le commerce ; les règles relatives aux commerçants considérés comme citoyens, soit quant à la nationalité, soit quant au domicile, soit quant au mariage. Nous avons parcouru les dispositions

---

(1) Dev. et Car., 9, 1, 521 (Dall., 291, 1, 405.)
(2) Cass., 5 juillet 1843 (Dev. et Car., 44, 1, 49).

relatives aux différentes incapacités de contracter dans leurs rapports avec le commerce : l'incapacité des mineurs, des interdits, du mort civil, des femmes, des faillis, des juifs. Enfin, nous avons exposé les principes qui dominent les rapports entre conjoints, dont l'un est commerçant, et les obligations particulières aux héritiers des commerçants.

Maintenant que nous nous sommes rendu compte de la position de ceux qui exercent le commerce, occupons-nous des biens et des choses qui en font l'objet.

—

LIVRE IV.

DU DROIT CIVIL DANS SES RAPPORTS AVEC LES CHOSES QUI FONT L'OBJET DU COMMERCE.

SOMMAIRE. — 418. Objet de ce Livre.

418. La Providence, en donnant à l'homme des besoins, a placé autour de lui les objets propres à les satisfaire, et en lui la capacité de créer de nouveaux objets avec les éléments que la nature a mis à sa disposition. Mais en même temps, en dispersant ses dons à la surface du globe, et en les livrant à l'homme non encore appropriés à son usage, elle lui a imposé l'obligation du travail : appliqué à un certain ordre de choses, ce travail est le commerce.

Je dis appliqué à un certain ordre de choses, parce que si le travail, appliqué à la production et à l'appropriation de toutes choses à l'usage des hommes, appartient au commerce dans l'acception la plus générale de ce mot, il en est autrement du commerce proprement dit qui n'embrasse pas toutes les transactions intéressées de la vie humaine, mais seulement quelques-unes de ces transactions ([1]).

Nous allons donc rechercher ici quelles sont les choses qui peuvent faire l'objet du commerce, et les règles relatives à la propriété de ces choses. Mais d'abord il est nécessaire d'entrer dans quelques explications sur la distinction des biens en général et les principes qui les régissent.

([1]) Voy. t. I, n. 3.

TITRE I.

DE LA DISTINCTION DES BIENS.

SOMMAIRE. — 419. Des biens. — Biens corporels et incorporels; meubles et immeubles. — Division du Titre I.

419. Les choses sur lesquelles l'homme a ou peut avoir des droits, et qui peuvent être appropriées à son usage, constituent des *biens*.

Les biens sont *corporels* ou *incorporels :* corporels, quand ils peuvent être perçus par les sens; incorporels, quand ils ne peuvent être perçus que par l'intelligence.

Les biens corporels sont *meubles* ou *immeubles*. On donne le nom de meubles aux choses qui, comme le mot l'indique, sont susceptibles d'un mouvement propre ou étranger, et d'immeubles à celles qui ne sont susceptibles d'aucun mouvement.

Les biens incorporels, qui n'ont qu'une existence intellectuelle, ne sont par conséquent ni meubles, ni immeubles. Mais comme le droit dans lequel ils consistent se rapporte, le plus ordinairement du moins, à un meuble ou à un immeuble, on les considère comme meubles ou comme immeubles, selon que ce droit a pour objet une chose mobilière ou une chose immobilière (1).

Les biens mobiliers corporels ou incorporels peuvent seuls faire l'objet du commerce proprement dit, ce qui n'empêche pas, comme nous le verrons bientôt, que des immeubles ne puissent être engagés dans des spéculations commerciales (2).

---

(1) C. civ., 517, 526, 527, 529.
(2) Voy. *inf.*, n. 434 et suiv.

Examinons d'abord quelles choses sont meubles ou immeubles : nous verrons ensuite comment ces choses peuvent être l'objet du commerce [1].

—

CHAPITRE I.

DES MEUBLES ET DES IMMEUBLES.

SOMMAIRE. — 420. Tous les biens sont meubles ou immeubles. Des immeubles corporels.— 421. Des meubles corporels.— 422. *Quid?* des bâtiments sans fondations, et destinés à une courte durée. — 423. *Quid?* des ustensiles employés à l'exercice d'une industrie.— 424..... A l'exploitation d'une usine.— 425... A l'exploitation des forges et des mines.— 426... A l'exploitation d'un chemin de fer. — 427. Des navires et autres bâtiments de mer. — 428. Des immeubles incorporels. — 429. Des meubles incorporels. Actions sociales. — 430. Immobilisation de certains meubles incorporels. — 431. Droits de propriété littéraire et industrielle ; offices; fonds de commerce.

420. D'après ce qui précède, et selon une expression qui, si elle manque de justesse, ne manque pas de clarté, tous les biens sont meubles ou immeubles [2], soit qu'il s'agisse de choses corporelles, soit qu'il s'agisse de choses incorporelles.

Appliquons d'abord cette distinction aux choses corporelles.

Les choses corporelles sont immeubles, ou par leur nature ou par leur destination [3].

Les fonds de terre sont immeubles par leur nature ; ils sont de tous les biens ceux qui ont, au plus haut degré, le caractère immobilier [4]. Il en est de même des bâtiments, et des

---

(1) C. com., 631 et suiv.
(2) C. civ., 516.
(3) C. civ., 517.
(4) C. civ., 518.

moulins à vent ou à eau fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment, parce que ces objets ne sont pas susceptibles de mouvement, tant qu'ils conservent leur nature (1). Néanmoins, comme ces objets ne sont immeubles que par leur adhérence et leur incorporation au sol qui les porte, il serait plus exact de dire qu'ils sont immeubles par accession : *quod solo ædificatur, solo cedit* (2).

Toutes les choses qui font naturellement partie du fonds de terre, ou qui en sont le produit naturel, sont également immeubles par leur nature.

Tels sont les mines, minières, carrières et les minéraux non encore extraits (3); les récoltes pendantes par racines, et les fruits des arbres non encore recueillis (4); les coupes des bois, taillis et futaies non encore abattues (5).

Les immeubles par destination sont les choses qui, originairement mobilières, ont été attachées à un immeuble pour son utilité ou son exploitation.

Tels sont les animaux que le propriétaire d'un fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention; les ustensiles aratoires, les semences données aux fermiers ou colons partiaires; les pigeons des colombiers; les lapins des garennes; les ruches à miel; les poissons des étangs; les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes; les ustensiles nécessaires à l'exploitation des usines, telles que forges

---

(1) C. civ., 519.
(2) Voy. *inf.*, n. 422.
(3) Loi du 4 avril 1810, art. 8 et 9.
(4) C. civ., 520.
(5) C. civ., 521.

et papeteries mises en mouvement par une moteur naturel (1); les pailles et engrais (2).

On considère encore comme immeubles par destination tous les objets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds, à perpétuelle demeure, pour son utilité, son agrément ou son ornement (3).

421. Les meubles corporels sont tous meubles par leur nature; jamais un immeuble ne peut être considéré comme meuble à raison de sa destination, parce que la destination qui d'un meuble peut faire un immeuble en l'immobilisant réellement pour un certain temps, ne peut jamais d'un immeuble faire un meuble, parce qu'il n'est pas possible de le mobiliser sans lui faire perdre irrévocablement sa nature.

Toutes les choses qui ne sont pas immeubles sont meubles. Il suit de là que toutes les choses qui par leur adhérence naturelle ou artificielle à un fonds sont immeubles tant que dure cette adhérence, deviennent meubles dès que cette adhérence vient à cesser.

Ainsi, les matériaux qui proviennent de la démolition d'un bâtiment, les minéraux ou les matières extraites des mines et carrières, les fruits recueillis, les arbres abattus, les animaux non attachés à la culture, les instruments aratoires, les ustensiles d'exploitation détachés d'un fonds ou d'une usine, sont meubles après avoir été immeubles.

Il est même à remarquer relativement aux choses qui, mobilières en elles-mêmes, ne sont considérées comme immeubles qu'à raison de leur état ou de leur destination, qu'on

---

(1) C. civ., 522, 524.
(2) Voy. *inf.*, n. 423.
(3) C. civ., 524, 525.

peut dans les contrats les considérer abstraction faite de leur état présent ou de leur destination actuelle, et par conséquent n'y voir que des meubles, eu égard à leur état futur ou à leur destination prochaine. Ainsi, la vente d'une maison pour la démolir constitue une vente mobilière de matériaux ; la vente de minéraux non encore extraits, mais destinés à l'être, est également une vente mobilière (1); il en est ainsi de la vente des récoltes sur pied (2), de celle de la superficie d'une forêt (3); en un mot, de celle de tous les objets considérés comme immeubles par destination, lorsqu'elle doit avoir pour résultat leur séparation de l'immeuble auquel ils sont attachés (4).

422. Ici se présentent deux questions qui ne sont pas sans importance.

La première est celle de savoir si l'on doit considérer comme immeubles les bâtiments simplement posés sur le sol sans fondations ni pilotis, dont la destination, plus ou moins durable, est d'avoir une existence relativement momentanée. Tels sont les bâtiments élevés pour des fêtes, cérémonies ou solennités publiques ; les boutiques des marchands dans une foire, etc. Si ces bâtiments ou constructions sont susceptibles d'être transportés d'un lieu dans un autre, il n'y a pas de question : ils sont meubles. Mais si par l'étendue de leurs proportions ils n'étaient pas susceptibles de transport, devrait-on les considérer comme immeubles? Je ne le pense pas. N'ayant aucune adhérence au sol qui dès-lors ne peut leur communiquer sa nature, on doit les considérer comme

(1) Cass., 29 mars 1816 (Dev. et Car., 5, 1, 174).
(2) Cass., 19 vendémiaire an XIV (Dev., et Car., 2, 1, 169); et 8 mars 1820 (*ibid.*, 6, 1, 200).
(3) Cass., 21 juin 1820 (*ibid.*, 257).
(4) Cass., 25 février 1824 (*ibid.*, 7, 1, 403).

un tout qui, composé de parties essentiellement mobilières, ne peut avoir une nature autre que celle de ses parties. Si le tout ne peut être transporté, les parties peuvent l'être, et, destinées à l'être, seront en réalité transportées dans un temps plus ou moins prochain. La solution est évidente dans le cas où il s'agit d'un entrepreneur qui s'engage à élever sur un terrain des constructions avec des matériaux qu'il fournira et qu'il reprendra après un certain temps, lorsque les constructions auront rempli leur objet et seront devenues inutiles. Il n'y a là qu'un contrat de louage d'ouvrage et d'objets mobiliers; et ces constructions, qui n'ont aucune adhérence au sol avec lequel elles ne s'incorporent pas, et dont au contraire elles restent distinctes en fait et en droit, ne peuvent revêtir un caractère immobilier. Il n'en serait pas autrement, si le propriétaire du sol était à la fois le propriétaire des matériaux, parce que, dans ce cas même, les constructions sans fondations ne s'incorporant pas davantage au sol, les parties dont elles se composeraient ne perdraient pas leur caractère immobilier. A plus forte raison en serait-il ainsi, si les constructions se composaient de parties symétriquement disposées, capables de se démonter et de se remonter par pièces et sans démolition proprement dite (1).

423. La seconde question se rattache comme la première aux effets de la destination de certains objets mobiliers.

Nous avons vu que la loi répute immeubles par destination les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes, et les ustensiles nécessaires à l'exploitation des usines, telles que forges et papeteries : c'est la disposition de l'article 524

(1) C. civ., 531.

du Code civil [1]. De là naît la question de savoir, d'abord, si cette règle s'applique à toutes les exploitations, aux exploitations industrielles ou manufacturières, comme aux exploitations agricoles; ensuite, si elle est applicable à toutes les exploitations connues sous le nom particulier d'usines.

Remarquons d'abord que toutes les machines, tous les ustensiles quels qu'ils soient, attachés à perpétuelle demeure au fonds ou aux bâtiments, c'est-à-dire qui y sont scellés en plâtre ou à chaux et à ciment, ou qui ne peuvent en être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés, restent en dehors de la question. Leur adhérence physique à l'immeuble leur donne incontestablement un caractère immobilier [2].

Les machines et ustensiles dont il s'agit ici sont ceux qui, sans avoir perdu physiquement le caractère mobilier qui leur est propre, peuvent cependant être considérés comme immeubles, aux termes de l'article 524 du Code civil, à raison de leur destination à l'exploitation ou au service du fonds sur lequel le propriétaire les a placés, et dont ils sont dès-lors l'accessoire. La question consiste donc à savoir quand les objets ainsi placés sur un fonds ou dans des bâtiments sont destinés à leur exploitation; car il résulte des termes mêmes du Code que si ces objets n'ont pas été placés sur un fonds pour son service et son exploitation, ils n'ont pas reçu une destination immobilière, et conservent légalement la nature de meubles qui leur appartient physiquement.

Or, quand ces objets sont-ils réputés nécessaires au service ou à l'exploitation du fonds sur lequel ils sont placés? quand

---

(1) Voy. *sup.*, n. 420.
(2) C. civ., 524, 525.

en sont-ils réputés l'accessoire? C'est quand ce service ou cette exploitation ayant un but immobilier ou employant des moyens immobiliers, l'exploitation elle-même peut être considérée comme immobilière. Cela résulte de l'article 524 lui-même sainement entendu, qui, en déclarant immeubles par destination les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes placés sur un fonds pour son service et son exploitation, a eu évidemment en vue une exploitation agricole et conséquemment immobilière. C'est en effet d'une exploitation agricole que l'on peut dire avec vérité que les machines et ustensiles, tels que pressoirs, alambics et autres analogues, sont affectés à l'exploitation du fonds, puisque ces objets sont employés pour la préparation des produits de l'immeuble. Aussi l'orateur du gouvernement et le rapporteur du projet au Tribunat se rencontrent-ils l'un et l'autre pour caractériser la nature d'exploitation dont le Code s'occupe ici (je ne parle pas encore des usines), en appliquant cette disposition de l'article 524 aux objets qu'un propriétaire place sur son *domaine* (1); expression qui se rapporte à l'industrie agricole, et non à l'industrie manufacturière proprement dite.

Il suit de là que tous les ustensiles employés dans une brasserie, dans une rafinerie, pour la préparation des produits chimiques, conservent leur nature mobilière, bien que placés dans des bâtiments, parce qu'ils n'y sont pas placés pour l'exploitation d'un fonds ou de bâtiments qui par eux-mêmes ne produisent rien. Le contraire a été jugé, il est vrai; mais cette jurisprudence est non moins contraire à la nature des choses, qu'aux termes et à l'esprit de l'article 524 du Code civil, parce qu'il n'y a rien d'immobilier dans une industrie

(1) M. Treilhard et M. Goupil-Préfeln.—Voy. M. Malleville, *Analyse*, t. II, p. 10.

qui se met à couvert sous des bâtiments, et qui s'appuie sur le sol, mais qui n'exploite directement ni l'un ni l'autre ([1]).

M. Duranton distingue à cet égard entre le cas où les ustensiles ont été placés dans l'immeuble par le propriétaire, et celui où ils y ont été placés par le locataire. Dans ce dernier cas, il les considère comme meubles; mais, dans le premier cas, il les répute immeubles, tout en reconnaissant qu'ils ont été placés dans le bâtiment, moins pour son service que pour l'exercice de la profession de la personne ([2]). J'avoue ne pas comprendre comment M. Duranton a pu, dans l'hypothèse qui nous occupe, voir dans la qualité de la personne qui a placé les ustensiles, une raison de distinguer. Sans doute, dans une exploitation agricole, des ustensiles apportés par le fermier ne seront pas réputés immeubles, parce que le fermier les apporte pour son usage personnel, et qu'il ne peut être présumé attacher à un fonds qui ne lui appartient pas, des meubles qui lui appartiennent. Sous ce rapport, la distinction est rationnelle. Mais quand il s'agit d'une exploitation industrielle dans laquelle le fonds et les bâtiments n'entrent que comme accessoires, dans laquelle les ustensiles constituent le principal, et, ainsi que le reconnaît M. Duranton lui-même, sont apportés pour l'exercice de la profession de la personne, et non pour le service du bâtiment, peu importe qu'ils soient apportés par le propriétaire ou par le locataire, puisque ni l'un ni l'autre ne les apporte pour le service et l'exploitation du fonds. C'est ce qui résulte *à contrario* de cette règle d'Ulpien : *ea esse ædium solemus dicere quæ pars ædium sunt... vel propter ædes habentur* ([3]). Or, comme dans

---

([1]) Cass., 4 février 1817 (Dev. et Car., 5, 1, 278).
([2]) Tome IV, n. 64.
([3]) L. 13, § *fin. ff., De act. empt.*

l'hypothèse actuelle il s'agit de choses qui ne font pas partie de l'édifice, et qui n'y ont pas été placées pour son usage, il faut décider sans distinction que ces choses sont toujours meubles.

On doit en dire autant des presses d'une imprimerie (1). C'est ce qui a été jugé pour les presses de l'imprimerie de Robert Étienne, par un arrêt du 30 juillet 1598, rapporté par tous les commentateurs (2).

C'est par application de ces principes qu'une décision ministérielle du 4 mars 1806 (3) a décidé que les machines, décorations, partitions de musique et autres effets mobiliers d'un théâtre ne sont pas immeubles par destination, dans le sens de l'article 524.

424. Ces règles s'appliquent-elles aux usines? L'article 524 du Code civil répute immeubles par destination les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines, quand ils y ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds. Il s'agit de rechercher le sens de cette disposition.

On donne le nom d'usine aux grands établissements industriels dont le mécanisme est mis en mouvement par une force étrangère à l'homme, par une force qui trouve son principe hors de lui, tandis que, dans les manufactures ordinaires, la main de l'homme imprime le mouvement, ou du moins est l'accessoire nécessaire du moteur étranger. Les moteurs ordinairement employés dans les usines sont l'eau et la vapeur.

Les usines sont des manufactures dans le sens général du mot, et non des établissements agricoles. Cependant, comme

---

(1) M. Merlin, *Répert.*, v° *Biens*, § 1; M. Duranton, t. IV, n. 65; Pothier, *De la communauté*, n. 51.

(2) Ferrières, sur l'art. 90, de la coutume de Paris.

(3) Dev. et Car., 10, 712.

lors de la rédaction du Code civil le moteur ordinaire était l'eau, que par conséquent les usines étaient placées près des cours d'eau dont elles utilisaient la force motrice, que cette force motrice faisait partie du fonds, et qu'à raison de son emploi elle en était même la partie principale; de telle sorte que l'usine et ses accessoires pouvaient être considérés comme appliqués au service et à l'exploitation du fonds, on comprend que ses rédacteurs aient placé ces accessoires parmi les immeubles par destination.

Mais depuis lors la science a fait des progrès : la vapeur a remplacé l'eau, et la vapeur est un moteur qui n'a rien d'immobilier, soit dans son application, soit dans son principe. Une usine mise en mouvement par la vapeur n'est donc pas comme celle qui est mise en mouvement par un cours d'eau, l'exploitation d'un fonds ou d'un immeuble, mais la simple exploitation d'une industrie; et dès-lors les ustensiles et machines qui en font partie conservent leur caractère mobilier. L'article 524 du Code civil ne peut être invoqué pour caractériser des faits et des choses que ses rédacteurs ne pouvaient avoir en vue.

425. Cette solution s'applique spécialement aux forges et aux établissements affectés à l'exploitation de l'industrie métallurgique; ces établissements ayant pour objet moins l'exploitation de la mine même que la préparation du minerai qui, par son extraction, est devenu un objet mobilier. Mais on doit considérer comme immeubles les machines à vapeur ou autres employées à l'extraction du minerai, parce que cette extraction n'est pas autre chose que l'exploitation de la mine, et que la mine est immeuble [1],

426. Que décider relativement aux machines et au maté-

---

[1] Voy. *sup.*, n. 420.

riel employés à l'exploitation d'un chemin de fer? Un chemin de fer étant sans contredit un immeuble, il semble, au premier abord, que ce matériel doive être réputé immeuble comme placé sur un immeuble ou dans ses dépendances pour son exploitation et son service. Mais en y regardant de plus près, on reconnaît que l'industrie des chemins de fer a moins pour objet l'exploitation du chemin de fer en lui-même, que l'exploitation d'une entreprise de transports dont le chemin de fer n'est que le moyen. Le matériel n'est pas dès-lors employé à l'exploitation du chemin de fer, mais à celle de l'entreprise de transports; il n'est donc pas affecté au service ou à l'exploitation d'un fonds ou d'un immeuble, et dès-lors il conserve son caractère immobilier (1).

Mais il faut avoir soin de remarquer que cette solution ne s'applique pas aux choses qui font partie de la voie de fer, tels que les rails ou les machines adhérentes au sol. Ces objets attachés au fonds à perpétuelle demeure, participent dès-lors à son caractère immobilier.

427. On doit ranger parmi les immeubles, les navires et autres bâtiments de mer (2); mais ce sont des meubles d'une espèce particulière, à raison de leur importance, quant à la forme de la vente volontaire ou forcée qui en est faite, et quant aux privilèges dont ils peuvent être l'objet (3) : les navires sont en quelque sorte les immeubles du commerce. Sont pareillement immeubles, les bateaux, bacs et tous les établissements faits sur rivières non fixés par des pilotis, tels

---

(1) Voy. *inf.*, n. 433.

(2) C. civ., 530. — *Navim non inter res immobiles, sed inter mobiles connumerandam puto.* Straccha, *De navibus*, part. 2, n. 31.

(3) J'examinerai ces divers points en traitant de la *Vente* et des *Privilèges*.

que les bains sur bateaux, les bateaux de blanchisseuses et les moulins flottants (1).

428. Jusqu'ici nous ne nous sommes occupés que des immeubles et des meubles corporels. Néanmoins, comme nous l'avons déjà vu, on a étendu aux objets incorporels, tels que les droits et actions, la distinction en meubles et immeubles qui, naturellement, n'appartient qu'aux choses; et on a considéré les droits et les actions comme meubles ou comme immeubles, selon qu'ils s'appliquent à des choses de l'une ou l'autre nature.

Aux termes de l'article 526 du Code civil, sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers, les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

429. Tous les autres droits ou actions sont mobiliers, tels sont, aux termes de l'article 529, les obligations ou actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers; les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies, mais par rapport aux associés seulement et tant que dure la société; enfin, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur les particuliers.

Il est à remarquer à cet égard que les actions sociales sont meubles, bien que des immeubles dépendent de l'entreprise, sans distinction entre les compagnies proprement dites, c'est-à-dire qui ont une grande extension, soit quant à leur objet, soit quant au nombre de leurs membres, et les sociétés ordinaires. M. Toullier (2) a essayé d'introduire cette distinc-

(1) C. civ., 531.
(2) T. XII, n. 96.

tion entre les compagnies et les sociétés, pour refuser aux intérêts dans celles-ci le caractère mobilier que la loi attribue aux actions dans celles-là ; mais elle ne repose sur aucune raison plausible et elle est contredite par la nature des choses qui ne change pas, selon le plus ou moins d'étendue de l'entreprise, et par l'article 529 lui-même qui emploie alternativement le mot compagnie et le mot société.

De ce que les actions sociales sont meubles, bien que des immeubles soient mis en société, il suit que des actions dans une société qui a pour objet l'exploitation d'une mine, sont meubles, bien que la mine soit immeuble.

L'action sociale ne cesse pas d'être meuble quand un immeuble mis en société constitue à lui seul l'actif social. L'article 529 ne distingue pas et ne pouvait pas distinguer. Le caractère mobilier de l'action ne provient pas de ce qu'il y a des meubles mis en société, mais de ce que la société a toujours pour objet l'exercice d'une industrie et les bénéfices qui résultent de son exercice, quel que soit l'objet auquel il s'applique; de telle sorte que tant que dure la société, l'action se résout en un droit aux bénéfices, droit essentiellement mobilier d'après l'objet auquel il s'applique. *Omnis actio ad consequendum mobile est mobilis* (1). C'est précisément pour cela que l'article 529 distingue entre l'action dans une société existante et l'action dans une société dissoute, parce que celle-ci, à la différence de la première, constitue un droit sur l'actif social, et devient conséquemment immobilière s'il y a des immeubles dans cet actif.

Mais de cette considération et de ce que l'action dans une société qui possède des immeubles n'est mobilière qu'à l'égard des associés et tant que dure la société, on ne serait pas

(1) M. Troplong, *Des sociétés*, t. I, n. 142.

fondé à conclure que l'action devient immeuble au moment où elle est vendue : l'acquéreur succède immédiatement à l'associé et devient associé comme lui. Et, d'un autre côté, il ne se rend acquéreur que de ce que l'associé vendeur possédait, c'est-à-dire d'un droit actuel aux bénéfices et d'un droit futur et éventuel à une quote-part de l'actif, ce qui laisse les choses dans le même état qu'avant la vente (1).

430. Du reste, la loi a quelquefois permis l'immobilisation des actions de certaines sociétés privilégiées. Telles sont les actions de la banque de France (2).

Il en était de même autrefois des effets publics ou des rentes sur l'État, qui pouvaient être immobilisés pour entrer dans la formation d'un majorat, mais qui ne le peuvent plus, pour l'avenir, depuis que l'institution des majorats a été supprimée (3).

431. On peut encore ranger, parmi les meubles, les brevets d'invention et les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle.

Les offices, tels que ceux d'agents de change et de courtiers.

Il est enfin une dernière espèce de meubles, particulière au commerce, à la fois corporels et incorporels. Ce sont les fonds de commerce qui se composent de marchandises et autres objets mobiliers corporels garnissant les lieux, ensuite de l'achalandage et quelquefois du droit au bail, qui constituent des droits purement incorporels.

Maintenant que nous avons établi la distinction entre les

---

(1) Voy. cass., 7 avril 1824 (Dev. et Car., 7, 1, 432); M. Troplong, *Des sociétés*, t. I, n. 141.

(2) Décr., 16 janvier 1808, art. 7; loi du 17 mai 1834, art. 5.

(3) Loi du 12 mai 1835.

meubles et les immeubles, voyons quelles choses peuvent faire l'objet d'un commerce proprement dit.

—

CHAPITRE II.

DES CHOSES QUI PEUVENT FAIRE L'OBJET D'UN COMMERCE.

SOMMAIRE.— 432. Les meubles seuls peuvent faire l'objet d'un commerce proprement dit ; les immeubles en sont exclus. — 433. L'exploitation des mines n'a rien de commercial.— 434. *Quid*, de l'achat d'une manufacture.— 435... De l'exploitation d'un chemin de fer.— 436. Des marchandises ; signification de ce mot.— 437. Distinction entre les marchandises et les denrées.— 438. Quand un meuble devient-il marchandise, et quand cesse-t-il de l'être ?— 439. Les métaux et la monnaie sont marchandise. — 440. Des meubles incorporels considérés comme marchandises. Créances ; effets publics ; actions sociales ; fonds de commerce ; offices. — 441. Du travail considéré comme marchandise.— 442. De la propriété littéraire, industrielle et artistique.

432. Je l'ai déjà dit, les meubles seuls peuvent faire l'objet du commerce proprement dit (1) ou de l'industrie commerciale. *Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet*, dit Ulpien (2). Quant aux immeubles, quoiqu'ils puissent être et qu'ils soient fréquemment l'objet de rapports intéressés entre les hommes, ils ne peuvent être un objet de commerce que dans l'acception la plus générale de ce mot (3).

C'est là une vérité qui résulte et de la définition économique du commerce, et de la définition ou description juridique qu'en donnent les articles 632 et 633 du Code de commerce. Economiquement parlant, le commerce n'est autre chose que le transport des marchandises d'un lieu à un autre; en d'autres termes, le commerce met à notre portée les ob-

(1) Voy. *sup.*, n. 419.
(2) Voy. t. I, n. 5.
(3) L. 66, *ff.*, *De verb. signif.*

jets de nos besoins qui n'y seraient pas sans cela (1) : ce qui, bien évidemment, ne s'entend que des objets mobiliers. Juridiquement parlant, il n'est pas un seul des actes que les articles 632 et 633 du Code placent parmi les actes de commerce, qui puisse s'appliquer aux immeubles, et qui ne s'applique au contraire directement et nécessairement aux meubles. Sans doute l'énumération faite par ces articles n'est pas limitative; mais elle est démonstrative; et elle démontre par les exemples sur lesquels elle s'appuie, que les immeubles ne peuvent jamais être directement un objet de commerce. Je reconnais qu'on peut spéculer sur des immeubles, les acheter pour les revendre en masse ou en détail; mais toute spéculation n'est pas un acte de commerce. La spéculation est le genre; le commerce est l'espèce : et le caractère distinctif de cette espèce c'est d'avoir pour objet des valeurs mobilières, soit qu'il s'agisse de les produire, soit qu'il s'agisse de les mettre en œuvre pour en augmenter l'utilité, soit qu'il s'agisse de les mettre à la portée du consommateur,

C'est donc avec raison qu'une jurisprudence à peu près unanime a jugé, soit qu'il n'y a pas acte de commerce dans l'achat d'un immeuble pour le revendre après l'avoir divisé (2), soit qu'on ne peut réputer commerçant celui qui se livre habituellement à l'achat et à la revente d'immeubles (3).

Cependant un savant auteur, M. Troplong (4), tout en re-

---

(1) Voy. t. I, n. 11.

(2) Cass., 28 brum. an XIII (Dev. et Car., 2, 1, 25); Metz, 18 juin 1812 (*ibid.*, 4, 2, 137).

(3) Bourges, 4 décembre 1829 (Dev. et Car., 9, 2, 356). Voy. dans le même sens M. Merlin, *Questions de droit*, v° *Actes de commerce*, § 4; M. Favard, v° *Actes de comm.*, § 1, n. 6; M. Pardessus, t. I, n. 8; M. Vincens, t. I, p. 123; MM. Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés commerc.*, p. 9; M. Troplong, *Des sociétés*, t. I, n. 319.

(4) *Ibid.*

connaissant que, dans l'état actuel de la législation, les immeubles ne peuvent être un objet de commerce, se plaint de ce qu'il appelle une lacune. On ne voit pas pourquoi, dit-il, on ne traiterait pas comme marchands ceux qui traitent la propriété foncière comme une marchandise. — Il n'y aurait, je l'avoue, aucun inconvénient à ce que ceux qui font le commerce de biens, les marchands de biens, comme on les appelle vulgairement, fussent traités comme marchands, c'est-à-dire justiciables des tribunaux de commerce et contraignables par corps; mais je ne vois pas non plus quel avantage y trouveraient les spéculateurs et le public. Depuis quelques années, les ventes en détail de biens achetés en masse se pratiquent sur une vaste échelle, et je ne crois pas que les entraves qu'a pu rencontrer ce genre de spéculation aient été produites par son caractère civil. Elles ont été la conséquence inévitable de la nature même de l'objet mis en spéculation, c'est-à-dire de la forme obligée des actes nécessaires pour assurer la transmission de la propriété, et surtout des droits d'enregistrement auxquels les transmissions successives donnent lieu. Ce dernier obstacle pourrait, sans doute, disparaître de nos lois fiscales; quant à celui qui résulte des formalités mêmes de la transmission, de la nécessité de la transcription et de la purge, je ne vois pas comment on pourrait en délivrer le commerce des biens qui ne peut être productif et utile aux vendeurs, aux acheteurs et au public, qu'autant qu'il présente de la sécurité et qu'il ne compromet pas les droits des tiers. C'est là un inconvénient qu'il faut savoir subir en retour de ses avantages; et en supposant qu'une loi réformatrice du régime hypothécaire pût y porter remède, il n'y a aucune nécessité pour cela de faire violence à la nature des choses, et de faire entrer les immeubles dans la classe des objets de commerce proprement dit.

On ne peut méconnaître toutefois qu'il n'y ait une tendance peu réfléchie, selon moi, à voir un commerce véritable dans la spéculation qui s'exerce sur les immeubles, et des commerçants dans ceux qui se livrent à cette spéculation (1). Mais il y a d'autant moins de nécessité à voir dans cette spéculation un acte de commerce, que, dans un grand nombre de cas, les actes accessoires que sont forcés de faire les spéculateurs, ont un caractère commercial qui suffit pour les faire considérer comme marchands.

Ainsi, ceux qui, pour payer les immeubles qu'ils achètent dans le but de les revendre, sont dans l'habitude d'émettre des lettres de change ou des billets à ordre; ceux qui revendent ou débitent en détail les matériaux provenant de la démolition des bâtiments qu'ils ont achetés dans le but de les démolir et de les revendre; ou des coupes de bois (2) : ceux-là font acte de commerce et peuvent dès-lors être réputés commerçants, parce qu'ils se livrent à des spéculations auxiliaires de la spéculation principale, fortement empreintes du caractère commercial.

433. Par une conséquence naturelle des règles qui précèdent, les mines étant considérées comme immeubles, leur exploitation n'a rien de commercial (3). C'est d'ailleurs la disposition expresse de l'article 32 de la loi sur les mines, du 21 avril 1810. Toutefois, si celui qui exploite une mine joint à son exploitation une autre industrie, quoique analogue; par exemple, si, au lieu de se borner à extraire le minerai, à

(1) Un arrêt de la cour royale de Paris, du 12 juillet 1842, rapporté par le journal *Le Droit* (n° du 15 juillet), juge qu'un notaire fait acte de commerce lorsqu'il achète des immeubles pour les revendre par lots et en détail.

(2) Bourges, 19 mars 1831 (Dev., 32, 2, 33; Dall., 32, 2, 183); M. Pardessus, t. I, n. 8.

(3) Voy. *sup.*, n. 420.

l'épurer et à le mettre à la portée des fabricants qui emploient le métal dans leurs produits, il fabrique lui-même, avec le métal qu'il a extrait et préparé des objets, qu'il livre, soit aux marchands en gros et en détail, soit à la consommation immédiate, il est réputé faire un acte de commerce qui s'exerce non sur la mine ou sur son exploitation, mais sur l'exploitation du minerai qui par son extraction est devenu meuble (1).

434. Du reste, bien que les immeubles en eux-mêmes ne puissent pas être un objet de commerce, cependant ils peuvent entrer comme éléments dans des actes de commerce; et, dans ce cas, la présence de cet élément étranger n'enlève pas à l'acte le caractère commercial que lui attribue son objet principal.

Ainsi, le grand commerce de manufactures ne cesse pas d'être un commerce, parce qu'il ne peut s'exercer sans vastes établissements immobiliers. Il suit de là que le manufacturier ou le fabricant qui achète les choses nécessaires à la mise en activité de son établissement fait acte de commerce, bien que ces choses puissent être destinées à devenir, par leur incorporation à l'immeuble, immeubles par destination (2).

A plus forte raison, la manufacture ou l'usine, garnies de leurs ustensiles, peuvent-elles être l'objet d'un commerce, si elles sont achetées pour être exploitées, parce que, dans ce cas, c'est la nature mobilière des produits qui fait l'objet de la spéculation; il en serait autrement, si l'achat n'avait lieu que dans la vue d'une revente immédiate, sans exploitation préalable, parce qu'alors la spéculation porterait principalement sur l'objet immobilier (3).

---

(1) Voy. *sup.*, n. 421.
(2) Voy. *sup.*, n. 420.
(3) Voy. *inf.*, n. 423.

435. Ainsi encore, l'exploitation d'un chemin de fer ayant pour but moins l'exploitation de l'immeuble qu'une entreprise de transports (1), peut faire l'objet d'un commerce proprement dit, non-seulement quand il s'agit de l'exploiter, mais encore lorsqu'il s'agit de le construire. C'est en ce sens qu'il a été jugé avec raison par la Cour de cassation, le 28 juin 1843 (2), que les fournitures de matériaux pour la construction d'un chemin de fer ont un caractère commercial.

Du reste, comme on le voit par ces exemples, c'est toujours le contact de la chose mobilière qui imprime la commercialité à la chose immobilière : preuve certaine et nouvelle qu'en principe et en règle générale, les meubles seuls peuvent faire l'objet d'un commerce.

436. Considérés comme objet de commerce, les meubles prennent le nom de *marchandises*. *Marchandise* est un mot générique qui, dans son acception restreinte, ne s'applique qu'à des meubles corporels, mais qui, dans une acception plus étendue et non moins juridique, comprend également des meubles incorporels. Tout ce qui peut faire l'objet d'un commerce, être vendu ou loué est marchandise (3). C'est en ce sens que dans le langage des anciens auteurs, faire le *commerce* et faire la *marchandise* sont deux locutions synonymes. C'est pourquoi on appelle marchands tous ceux qui font le commerce ou la marchandise. « Je crois, disait M. le procureur-général Dupin à la Cour de cassation, dans un réquisitoire qui renferme beaucoup de recherches philologiques sur le mot *marchandise*, que ce mot est essentiellement générique quand il est employé seul, sans expres-

(1) Voy. *sup.*, n. 426.
(2) Dev. et Car., 43, 1, 374.
(3) Toubeau, t. I, p. 399.

sion qui le limite, et qu'il est synonyme du mot commerce dans son sens le plus étendu.— *Mercare*, acheter et vendre, faire la *marchandise*, spéculer. C'est de là que nous est venu le mot marché, lieu où l'on vend et où l'on achète. Au moyen-âge, *mercandisare* pour *mercaturam facere*. *Mercandisas*, *in chartâ*, *anno* 1478; *mercari seu mercandisam facere*, faire la marchandise : ce qui n'est pas fabriquer, mais trafiquer. — Consultons les lexiques, nous y verrons : *ne in terram nostram veniamus ad mercandisas ibi faciendas*, pour y faire des affaires. Jetons les yeux sur nos anciennes ordonnances, et nous y lirons : *les juges de la marchandise*, pour les juges du commerce. En 1672 on apposait le marteau de la marchandise, en vertu des ordonnances, pour dire le marteau du commerce. Je lisais l'autre jour la vie de Colbert par le marquis D...; l'auteur y dit : Colbert compléta son éducation d'homme d'affaires dans la ville de Paris, en y apprenant, suivant l'expression commerciale, *à faire la marchandise*. — Ainsi, ce mot par lui-même est très générique. C'est la chose commerciale, quand ce n'est pas le commerce lui-même (1). »

Enfin, suivant Barthole et Straccha (2), le mot marchandise est général à tel point, que si, par testament, un commerçant avait légué sa marchandise, ses dettes actives seraient comprises dans le legs. Nous verrons tout à l'heure les conséquences de cette signification (3).

437. Les meubles corporels, considérés comme marchandises, se divisent en marchandises proprement dites et en denrées. On entend par denrées les produits destinés à la nourriture ou aux besoins de l'homme et des animaux, et qui

(1) Conclusions sur l'affaire des messageries prévenues de coalition. Dev. et Car., 36, 1, 881.

(2) *De mercat.*, p. 554, n. 96. Toubeau, p. 599.

(3) Voy. *inf.*, n. 440.

sont de nature à être consommés ou dénaturés par le premier emploi qu'on en fait. Sous la dénomination de marchandises, opposée à celle de denrées, on comprend les objets qui subsistent après le premier usage qu'on en fait, ou qui ne s'usent que par une consommation lente (1). Du reste, quoique le mot marchandises comprenne dans sa généralité les marchandises proprement dites et les denrées, il y a à observer à cet égard, quant aux denrées qui sont un produit agricole, qu'elles ne deviennent marchandises, dans l'acception générale du mot, que lorsqu'elles sortent des mains du producteur pour passer entre les mains du commerçant qui les achète pour les revendre, les préparer ou les exploiter; et quant aux denrées qui sont un produit industriel et commercial, qu'elles sont marchandises entre les mains du producteur comme en celles du marchand qui les achète pour les revendre (2).

438. Toute chose d'ailleurs cesse d'être marchandise lorsqu'elle sort des mains du marchand pour passer entre les mains d'un consommateur. Straccha n'ose pas décider la question : *Illud in dubium revocari etiam potest an mercis appellatione vestimenta continentur, et cætera quæ habemus ad usum quotidianum pertinentia, seu quotidianum penus* (3); mais il est par trop manifeste qu'on ne peut donner le nom de marchandises qu'aux choses destinées à être vendues, et que les choses affectées à l'usage de la personne ne sauraient dès-lors avoir ce caractère. Ce sont des meubles dans l'acception ordinaire de cette expression et non des marchandises. Or, si tout meuble peut devenir une marchandise, tout meuble

---

(1) M. Pardessus, n. 8.
(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commis.*, t. III, n. 10.
(3) *De mercat.*, part. 1, n. 96.

n'est pas par lui-même une marchandise tant qu'il n'est pas engagé dans le commerce. Cela est si vrai que, dans le langage juridique, le mot *meuble* n'entraîne pas avec lui l'idée de marchandise. C'est ce qui résulte de l'article 533 du Code civil, aux termes duquel le mot *meuble* employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas ce qui fait l'objet d'un commerce.

439. Tout meuble au surplus peut devenir marchandise, parce que tout meuble peut faire l'objet d'un commerce. Ainsi les métaux précieux sont une marchandise, non-seulement quand ils sont en lingots, mais encore quand ils sont monnayés. Il n'y a d'autre différence entre le lingot et la monnaie que celle qui existe entre un produit fabriqué et la matière première dont il est fait ([1]). Ce point, du reste, n'a pas toujours été admis par les jurisconsultes, et notamment par les jurisconsultes français qui, se fondant sur cette erreur économique que la monnaie est un signe de la valeur des choses, qui représente, en tant que monnaie, une valeur ou une quantité, et non un corps, *quæ non numeratur tanquam massa nec tanquam species, sed tanquam moneta et quantitas, et sic seu ratione valoris et quantitatis* ([2]), soutenaient que la monnaie n'est pas une marchandise. *Hinc de jure pecunia, in quantum pecunia, non est merx, nec venit appellatione mercium, vel similium rerum, nec per eas æstimatur, sed omnes res æstimat* ([3]). Cette erreur, qui d'ailleurs était renouvelée des Grecs (Παντα γὰρ μετρεῖ, dit Aristote en parlant de la monnaie), s'est maintenue longtemps encore grâce à Montesquieu ([4])

([1]) J.-B. Say, *Traité d'écon. polit.*, p. 249 (Edit. Guillaumin).
([2]) Dumoulin, *De usuris*, n. 694.
([3]) *Ibid.*
([4]) *Esprit des lois*, liv. XXII, chap. 7.

et à Pothier (1). Mais ce n'est pas sans étonnement qu'on en rencontre des traces jusques dans dans le Code civil (2), et qu'on voit dans les travaux préparatoires de ce Code un membre du Tribunat, M. Boutteville, opposant les lingots à la monnaie, refuser la qualification de marchandise à la monnaie pour la réserver aux lingots; car lors de la préparation et de la publication du Code civil, Adam Smith avait déjà prouvé que la monnaie n'est pas le signe de la valeur des choses, mais un simple instrument des échanges (3); une valeur qu'on donne pour une autre valeur et dont le monnayage ne change pas la nature, puisqu'il n'a ou ne doit avoir d'autre but que d'imprimer sur le métal même la garantie de sa pureté et de son poids. Il y a toutefois entre les autres marchandises et la monnaie cette différence que les premières s'achètent pour être finalement consommées, tandis qu'on n'achète pas, la monnaie, ou, ce qui revient au même, on ne l'acquiert pas par le moyen d'un échange, pour la consommer, mais pour la revendre, c'est-à-dire pour la donner en échange de quelque autre chose qu'on se propose de consommer (4). Mais cette différence, qui provient de l'utilité particulière de la monnaie, n'en change pas la nature commerciale, puisque si on ne la consomme pas matériellement, on la consomme de la manière qui lui est propre en la dépensant. D'un autre côté, chaque espèce de monnaie s'échange dans le commerce contre une monnaie d'une autre espèce : la monnaie d'or contre la monnaie d'argent ; la monnaie d'un pays contre la monnaie d'un autre pays ; et cet échange, qui n'est pas gratuit, constitue un véritable commerce dans lequel la monnaie est considérée

---

(1) *Du prêt de consommation*, n. 37.
(2) C. civ., 1893.
(3) Liv. I, ch. 4, t. I, p. 29 (Édit. Guillaumin).
(4) J.-B. Say, *Cours d'écon. polit.*, t. I, p. 375 (Édit. Guillaumin).

comme une marchandise ordinaire. Il est d'ailleurs fort remarquable que l'erreur dans laquelle sont tombés les jurisconsultes français n'était pas partagée par les jurisconsultes italiens, qui, plus familiarisés avec les idées commerciales, ont de tout temps considéré la monnaie comme marchandise. Casaregis (1), Straccha (2), Raphaël de Turri (3), Scaccia (4), sont unanimes sur ce point. *Pecunia continetur appellatione mercis*, dit ce dernier auteur, *merx potest emi et vendi, et quotidiè venditur et emitur : ergo pecunia etiam tanquam merx contractari potest.*

Du reste, il en est de la monnaie comme des marchandises ordinaires. Le mot *meuble* employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas plus l'argent comptant que les autres choses faisant l'objet d'un commerce (5).

440. Nous avons déjà vu que les meubles incorporels sont marchandises aussi bien que les meubles corporels, quand ils font l'objet d'un commerce. Ainsi les créances commerciales constatées par lettres de change, billets à ordre, factures ou autres titres analogues, sont de véritables marchandises qui font l'objet d'un commerce actif et spécial, et dont la transmission constitue un fait commercial, même quand elle a lieu entre non-commerçants, alors du moins qu'il s'agit de lettres de change (6). Il a même été jugé par la Cour de Poitiers, le 5 janvier 1841 (7), que la cession d'une créance

---

(1) *Disc.* 70, n. 14, et *disc.* 129, n. 12 et 13.
(2) *De mercat.*, p. 331, n. 73.
(3) *De cambiis, quæst.* 9, n. 18, p. 28.
(4) *De comm. et camb.*, p. 108, n. 29.
(5) C. c., 533.
(6) C. com., 636, 637.
(7) Dev., 41, 2, 121.

commerciale constatée par billets à ordre, faite par un commerçant à un autre commerçant, est un acte de commerce, quoique la cession ait lieu dans une forme non commerciale.

Quant aux créances qui ne sont commerciales ni par leur forme, ni par leur origine, elles ne deviennent marchandises que lorsqu'elles font l'objet d'une spéculation, c'est-à-dire quand elles sont achetées pour être revendues (1),

Il en est de même des effets publics : quand ils sont achetés pour être conservés et comme emploi d'un capital, ou qu'ils sont vendus par celui qui veut s'en défaire dans le seul but de réaliser son capital, on ne peut les considérer comme marchandises (2); mais quand ils sont achetés ou revendus dans la vue d'une spéculation à faire sur la différence entre le prix d'achat et le prix de revente, ils deviennent marchandise (3).

C'est par une autre distinction que se résout la question de savoir si les actions, dans une société commerciale, sont une marchandise. Il faut distinguer entre les actions qui donnent à celui qui les possède la qualité de commerçant, telles que les parts ou intérêts dans une société en nom collectif; et les actions dans une société en commandite ou anonyme, qui ne rendent point l'acquéreur commerçant. Les premières doivent toujours être considérées comme marchandises, parce qu'elles ont toujours un objet commercial, et que celui qui les achète devient commerçant s'il ne l'est déjà. Les secondes, au contraire, dont l'achat pur et simple ne constitue

---

(1) M. Pardessus, n. 10.

(2) Paris, 23 août 1811 (Dev. et Car., 3, 2, 483) et 27 avril 1831.

(3) Cass., 29 juin 1808 (Dev. et Car., 2, 1, 549). M. Pardessus, *ibid.*; M. Vincens, t. I, p. 133; M. Merlin, *Quest.*, v° *Effets publics*, n. 1.

qu'un placement de fonds, ne sont pas une marchandise dans les cas ordinaires (¹). Mais si les actions, dans une société anonyme ou en commandite, devenaient un objet de spéculation et de commerce, étaient achetées pour être revendues, alors elles devraient être considérées comme marchandise.

Un fonds de commerce est-il marchandise, de telle sorte que l'achat qui en est fait, soit dans la vue de l'exploiter, soit dans la vue de le revendre immédiatement, soit un acte de commerce? Il n'est pas douteux que l'achat d'un fonds de commerce, fait dans la vue de le revendre, et que la revente qui suit l'achat soient des actes commerciaux, puisqu'il y a là une spéculation sur le bénéfice de la revente; mais il y a plus de difficulté quand l'achat est fait dans la vue d'exploiter. Je dis qu'il y a plus de difficulté, parce que la jurisprudence hésite sur la question et la résout tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, quoique, à mes yeux, il n'y ait pas plus de doute dans le second cas que dans le premier, et que l'achat d'un fonds de commerce soit toujours un acte commercial.

De quoi se compose un fonds de commerce? Ordinairement, outre l'achalandage et la clientèle, il comprend les marchandises existant en magasin au moment de la vente, et souvent le droit au bail des lieux occupés par les magasins. Il faut reconnaître que dans ces trois éléments il en est un qui n'a rien de commercial; c'est le droit au bail dont la cession ne constitue qu'une sous-location. Mais cet élément étranger ne change rien à la nature de la cession du fonds de commerce qui peut se comprendre et se vendre sans droit au bail, et qui consiste principalement dans la clientèle et dans les marchandises existant au magasin. Or la vente de

---

(¹) Douai, 26 janvier 1843 (Dev., 43, 2, 181); Cass., 17 juillet 1837 (*ibid.*, 37, 1, 1022; Dall., 37, 1, 420).

ces marchandises constitue évidemment un acte commercial, puisque celui qui achète le fonds de commerce pour l'exploiter achète évidemment les marchandises pour les revendre. On ne serait pas fondé à prétendre qu'ici les marchandises sont l'accessoire de l'achalandage; que c'est l'achalandage qui fait en réalité l'objet principal de la vente; et que les marchandises ne peuvent seules en déterminer le caractère. En supposant en effet que la vente d'un fonds de commerce, sans marchandises, fût un acte purement civil, il n'est pas douteux que la question doit changer de face si des marchandises y sont jointes. Ces marchandises ne sont pas un simple accessoire; elles se confondent avec le fonds dont elles sont une des parties intégrantes, puisque c'est précisément la revente qui en sera faite qui constitue l'exploitation du fonds de commerce. Il n'est donc pas possible de nier que l'achat d'un fonds de commerce, quand il comprend à la fois l'achalandage et les marchandises existantes en magasin, soit un acte commercial.

En est-il autrement quand il n'y a pas de marchandises jointes à l'achalandage? Je ne saurais le croire. C'est l'achat pour revendre la chose achetée qui constitue l'acte de commerce. Or, celui qui achète un fonds de commerce pour l'exploiter, fait-il autre chose que se proposer de le revendre en détail? Qu'est-ce que c'est que l'exploitation d'un fonds de commerce, sinon la réalisation journalière et en détail des bénéfices qu'on s'est proposés en l'achetant, et la revente partielle du fonds qui s'épuiserait bientôt si le marchand ne savait pas entretenir l'achalandage, en soutenir la vogue et la faveur par son adresse et son industrie? L'achat fait en vue d'une exploitation, c'est-à-dire en vue d'une revente et d'une récomposition journalière, est donc un acte qui renferme tous les caractères légaux de l'acte de commerce, et

auquel on ne peut refuser ces caractères que par un oubli des principes les plus élémentaires du droit commercial (1).

Je n'admettrais même pas de distinction à cet égard, relativement à l'acquisition des offices ou charges de courtier ou d'agent de change, puisque l'exploitation de ces charges est un véritable commerce, et que celui qui les achète se rend acquéreur, non du titre même qui ne peut lui être conféré que par le gouvernement, mais seulement de la clientèle (2).

Quant à celui qui vend son fonds pour se retirer du commerce, il ne fait pas acte de commerce : le contrat n'est commercial que de la part de l'acheteur.

441. Tout ce qui fait l'objet d'un commerce étant marchandise, le travail qui peut se vendre, se louer et s'acheter est une marchandise : c'est pour cela que la loi répute acte de commerce toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par mer, d'agence ou de bureaux d'affaires, qui ne peuvent s'exercer sans louage d'ouvrage ou d'industrie (3).

La propriété littéraire, industrielle ou artistique, est également un objet de commerce. Mais sur ce point, il faut distinguer.

442. La propriété littéraire ou artistique n'est pas un objet de commerce, entre les mains de l'auteur ou de l'artiste, soit qu'il achète les choses nécessaires à la production ou à l'exploitation de son idée, soit qu'il vende son œuvre à un tiers

---

(1) Voy. les arrêts en sens divers rapportés dans le *Dictionnaire du contentieux commercial*, v° *Actes de commerce*, n. 65 et suiv.

(2) V. en sens contraire, Paris, 7 août 1852 (Dev., 53, 2, 52) et Aix, 5 mai 1840 (*ibid.*, 40, 2, 548).

(3) V. cass., 9 décembre 1856 (Dev. et Car., 56, 1, 811 ; Dall., 57, 1, 20), et 26 février 1859 (Dev., 59, 1, 172 ; et Dall., 59, 1, 137).

chargé de l'exploiter. L'auteur ou l'artiste qui ont puisé en eux-mêmes le principe intellectuel de leur œuvre, et qui cherchent à en tirer profit, ne peuvent être assimilés au marchand ou à l'industriel qui revend ce qu'il a acheté ou ce qu'il a matériellement produit. Il y a, sans doute, à côté des productions de l'esprit, une production matérielle qui leur sert d'appui ; mais c'est ici un accessoire qui ne change pas la nature du principe.

Au contraire, entre les mains de celui à qui l'auteur ou l'artiste a cédé le droit d'exploiter son œuvre, cette exploitation est commerciale, parce qu'il n'y a, à l'égard de l'exploitant, qu'un objet acheté pour être revendu.

Il en est de même de celui qui publie un recueil ou écrit périodique dans les sciences, les arts, la littérature et la politique : lorsqu'il est l'auteur de l'écrit ou du journal, il ne peut être considéré comme faisant acte de commerce, alors même qu'il achèterait ce qui est nécessaire à leur publication. Mais il en est autrement de celui qui ne serait que l'éditeur, pour son compte, d'un recueil ou d'un journal dont il aurait acheté le travail à autrui ([1]).

S'il s'agit de la propriété industrielle d'une invention applicable aux arts et métiers ou à l'industrie manufacturière, comme l'invention a un objet directement commercial, l'inventeur qui l'exploite lui-même fait acte de commerce aussi bien que celui à qui il en aurait cédé l'exploitation. Par suite, la vente d'un procédé industriel, faite soit par l'inventeur lui-même, quand il l'avait déjà exploité et qu'il l'avait ainsi rendu objet de commerce, soit par celui qui en est devenu acquéreur, est un acte commercial ([2]).

([1]) M. Dalloz, v° *Commerce*, p. 740. — *Contrà*, M. Pardessus, n. 15.

([2]) Lyon, 4 janvier 1839 (Dev. 39, 2, 340); mais voy. Paris, 14 janv. 1836 (*Ib.*, 36, 2, 125).

TITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ.

SOMMAIRE. — Objet de ce titre.

443. Le droit de commercer suppose le droit de disposer des choses qui font l'objet du commerce ; le droit de disposer suppose le droit de propriété.

Nous allons donc exposer ici ce que c'est que la propriété ; son étendue ; les choses auxquelles elle peut s'appliquer ; les moyens généraux de l'acquérir, et les modifications dont elle est susceptible. Nous entrerons ensuite dans l'examen des règles particulières à la propriété intellectuelle de certaines choses qui jouent dans le commerce un rôle fort remarquable ; je veux parler de la propriété littéraire, artistique ou industrielle.

CHAPITRE I.

DU DROIT DE PROPRIÉTÉ, DE SON ÉTENDUE, DES CHOSES AUXQUELLES IL S'APPLIQUE, DES MODIFICATIONS DONT IL EST SUSCEPTIBLE.

SOMMAIRE. — 444. Ce que c'est que la propriété. Distinction entre la possession et la propriété.— 445. Des choses communes et de celles qui sont dans le domaine public.—446. Des choses incorporelles. Comment les choses corporelles peuvent faire l'objet d'un droit de propriété. — 447. Les personnes ne peuvent être un objet de propriété.— 448. Des choses qui sont dans le commerce. — 449. Étendue du droit de propriété. Ses limites. Restrictions conventionnelles.— 450. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété. Expropriation pour cause d'utilité publique... En fait de meubles ; mise des vivres en commun dans une traversée maritime ; jet à la mer.— 451. Modes d'acquérir et de transmettre la propriété. Successions, donations, contrats, prescription. — 452. Occupation. — 453. Droit d'accession naturelle ; droit aux fruits ; différentes espèces de fruits.— 454. Droit du possesseur aux fruits de la chose possédée. — 455. Droit d'accession artificielle, en fait d'immeubles et de meubles.— 456. De l'usufruit. Quels fruits appartiennent à l'usu-

fruitier. — 457. L'usufruitier doit conserver la substance de la chose; il ne peut en changer la destination. Application de la règle aux manufactures et aux fonds de commerce. — 458. Des réparations à la charge de l'usufruitier. — 459. De l'usufruit des choses fongibles et des choses non fongibles. — 460. Application des règles qui précèdent aux fonds de commerce et aux manufactures. — 461. Du cas où au fonds soumis à l'usufruit se trouve joint un objet incorporel, tel qu'un brevet d'invention, des droits de propriété littéraire ou artistique, etc. — 462. De l'usufruit d'un fonds de commerce de banque ou de commission. — 463. Résumé. — 464. Obligation de l'usufruitier de faire inventaire ou de donner caution.

444. La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements (1). La propriété est ainsi appelée, dit Pothier (2), parce que c'est le droit par lequel une chose m'est *propre* et m'appartient privativement à tous autres.

Il y a cette différence entre la possession et la propriété, que la possession suppose une détention ou une occupation actuelle de la chose qui en fait l'objet, tandis que la propriété existe indépendamment de toute possession actuelle : seulement elle la suppose, en ce sens que les choses qui ne sont pas susceptibles de possession, c'est-à-dire qui ne peuvent être ni détenues, ni occupées, ne sont pas susceptibles de propriété (3).

La possession a précédé la propriété. En se reportant à un temps antérieur à l'état social et aux institutions civiles qui en ont été la conséquence, les droits sur les choses ne s'acquéraient que par la possession et se perdaient avec elle. Le droit alors reposait sur le fait. Mais plus tard, quand les hommes sortirent de l'état nomade pour se former en société avec des établissements fixes, la durée de la possession la rendit

(1) C. civ., 544.
(2) *Du domaine de propriété*, n. 4.
(3) Voy. le numéro suivant.

plus respectable et donna naissance au droit de propriété qui, en attachant les hommes au sol et en fondant le patrimoine, devint le lien le plus sûr de la famille et de la société.

La possession est donc une institution du droit naturel ou des gens, tandis que la propriété est une institution du droit civil, en ce sens que si l'homme trouve dans la loi naturelle le droit de résister à la violence qui lui serait faite pour lui enlever la chose qu'il possède, il trouve dans la loi civile seule le droit de revendiquer comme sienne la chose qu'il ne possède pas (1).

445. J'ai dit tout-à-l'heure que les choses qui ne sont pas susceptibles de possession ou d'occupation, c'est-à-dire qui ne sont pas susceptibles d'un droit privatif, ne sont pas susceptibles de propriété. Elles ne sont la propriété de personne, ou plutôt elles sont la propriété de tous. Ces choses sont celles que les jurisconsultes appellent *res communes :* tels sont l'air, l'eau qui coule dans la rivière, la mer (2) et ses rivages. *Naturali jure omnium communia sunt hæc : aër, aqua profluens, et mare, et per hoc, littora maris* (3).

Suivant notre droit français, les choses qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme des dépendances du domaine public. Tels sont les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages lacs et relais de la mer, les ports, les hâvres, les rades (4). Il en est de même des biens

---

(1) V., sur le fondement du droit de propriété, les systèmes divers de Grotius, liv. II, chap. 3; de Puffendorf, liv. IV, ch. 4; de Locke, *Gouvernement civil,* liv. II, chap. 4; de Hobbes, *De cive,* cap. 1, n. 11.

(2) voy. t. I, n. 103 et suiv.

(3) L. 2, § 1 *ff.*, *De rerum divis.*

(4) C. civ., 538 et 713.

vacants et sans maître, sauf le droit que peut acquérir sur ces objets celui qui les trouve et qui s'en empare (1).

446. Les choses incorporelles peuvent, aussi bien que les choses corporelles, faire l'objet d'un droit de propriété, parce que les unes et les autres sont susceptibles de possession et d'appropriation; telles sont les meubles et immeubles incorporels, les créances et les actions. Tels sont aussi les droits des auteurs ou des inventeurs sur les productions de leur esprit (2).

447. Mais les choses seules peuvent faire l'objet d'un droit de propriété. Les personnes en sont exclues. L'homme est propriétaire, mais ne peut être une propriété : sa liberté est inaliénable comme sa volonté. La loi seule peut en limiter l'exercice. C'est pourquoi on ne peut se soumettre à la contrainte par corps, hors les cas prévus par la loi (3), ni engager ses services autrement qu'à temps ou pour une entreprise déterminée (4). L'esclavage des noirs est une dérogation à cette règle de droit et de morale; mais il tend tous les jours à disparaître. D'ailleurs, si son maintien dans les colonies françaises permet d'y vendre les esclaves qui s'y trouvent, les lois défendent d'y en introduire de nouveaux, et, en prohibant le commerce de la traite, assurent pour un temps plus ou moins prochain l'abolition de l'esclavage moderne (5).

448. Quand une chose ne peut faire l'objet d'une propriété privée, on dit qu'elle est hors du commerce, en prenant ce mot dans son sens le plus général (6).

---

(1) C. civ., 717.
(2) Voy. *inf.*, ch. 2.
(3) C. c., 2063, 2069.
(4) C. c., 1780.
(5) Voy. les lois du 13 avril 1808, 25 avril 1827 et 4 mars 1831.
(6) V. t. I, n. 3.

Il y a encore des choses qui sont hors du commerce, en ce sens que, bien qu'elles puissent être la propriété de quelqu'un, elles ne peuvent faire l'objet d'aucun contrat. Telles sont les boissons falsifiées, les comestibles ou denrées avariées de manière à nuire à la santé des hommes et des animaux, les marchandises suspectes de contenir quelque germe de peste ou d'autre maladie contagieuse (1). Il en est de même des images, gravures ou écrits contraires aux lois, aux mœurs, à la religion ou à la réputation d'autrui (2).

Enfin, il est des choses dont la loi défend jusqu'à la possession ; telles sont les armes secrètes ou cachées (3), les armes et les munitions de guerre (4).

En général, les fonctions publiques ne sont pas dans le commerce : elles restent la propriété de l'État qui seul peut les conférer, et ne deviennent pas la propriété de ceux qui en sont revêtus temporairement ou viagèrement. Cependant, il est certaines charges ou offices, tels que ceux d'agents de change ou de courtiers, que la loi a mis jusqu'à un certain point dans le commerce, en autorisant les titulaires à présenter des successeurs à l'agrément du roi, et, par conséquent, à traiter de cette présentation (5). Toutefois, comme j'ai déjà eu l'occasion de le faire remarquer (6), c'est plutôt l'utilité de l'office ou son émolument qui est dans le commerce, que l'office lui-même dont la transmission ne peut s'opérer sans le concours de la volonté supérieure du gouvernement. C'est là une distinction qui n'avait pas échappé aux anciens docteurs,

---

(1) C. pén., 473.
(2) *Ibid.*, art. 287.
(3) C. pén., art. 14; loi du 24 mars 1834, art. 1.
(4) Loi du 24 mars 1834, art. 2, 3 et 4.
(5) Loi du 28 avril 1816, art. 91.
(6) Voy. *sup.*, n. 440.

même à des époques où la vénalité des offices était établie sur une échelle beaucoup plus large qu'aujourd'hui : *Quidquid sit circà substantiam et proprietatem officii*, disait Ansaldus [1], *in dubium profecto cadere nequit, quod verus contractus emptionis et venditionis verificetur in ipso jure percipiendi fructus officiorum.*

449. Nous l'avons déjà vu : la propriété est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue : *jus utendi et abutendi.* Mais ce droit, quelque absolu qu'il soit en lui-même, est nécessairement limité dans son exercice par la loi ou par les règlements qui ont dû prendre des précautions pour empêcher les différents droits de propriété de se heurter, et pour leur assigner les limites qu'ils ne peuvent franchir. Le droit de chacun est nécessairement circonscrit par le droit de tous ; et s'il était permis d'user de sa propriété sans contrôle ni limites, cet abus excessif du droit serait bientôt la destruction du droit lui-même.

Il n'entre pas dans le plan de cet ouvrage d'exposer toutes les restrictions que la loi a dû apporter aux droits de propriété qui, la plupart se rapportant aux immeubles, n'ont pas un objet commercial [2] ; quand l'occasion s'en présentera, je les ferai remarquer. Nous avons déjà vu les restrictions que la loi a apportées à la liberté du travail et de l'industrie qui, l'un et l'autre, sont une propriété [3]. Nous verrons bientôt quelles conditions elle a mises à l'exploitation des mines.

Quelques-unes de ces restrictions résultent de la conven-

---

(1) *Disc.* 60, n. 41.

(2) Elles sont principalement relatives au régime forestier, au desséchement des marais, à la culture du tabac, à la voirie et aux alignements.

(3) Voy. t. II, n. 376 et suiv.

vention. Il ne peut jamais y avoir de difficulté sur ce point quand la restriction est expressément stipulée. Celui qui a le libre usage de sa propriété peut renoncer à en faire tel ou tel usage, et en soumettre l'exercice à telles ou telles conditions. C'est encore là une manière d'en user. Mais quand la convention n'est pas explicite, il est parfois assez difficile de reconnaître l'intention des parties. Cependant il est une règle d'interprétation qu'il ne faut pas perdre de vue : c'est que la renonciation a un droit ne se présume jamais; et que si elle ne résulte pas des termes exprès de la convention, on ne peut l'admettre qu'autant qu'elle en est la conséquence naturelle et nécessaire.

C'est ainsi que celui qui vend un fonds de commerce s'oblige par là même à ne pas élever un établissement semblable dans le même endroit ou dans une certaine distance variable suivant l'état des lieux et la nature du commerce. La vente d'un fonds de commerce comprend la clientèle ou l'achalandage : autrement elle ne serait que la vente d'une certaine quantité de marchandises. Celui qui a vendu sa clientèle ne peut donc rien faire pour la retenir à lui ; et comme la clientèle suit le nom et la personne, on doit reconnaître qu'en vendant il s'interdit l'usage de son industrie partout où sa clientèle pourrait encore le suivre [1].

Mais il en serait autrement si la vente d'un établissement industriel, telle qu'une usine, n'emportait avec elle aucun achalandage particulier, de telle sorte qu'elle ne comprît que le matériel mobilier ou immobilier de l'établissement. Dans ce cas, on ne pourrait interdire au vendeur le

---

[1] M. Pardessus, t. I, n. 271; Paris, 19 novembre 1824 (Dev. et Car., 7, 2, 444; Dall., 25, 2, 93); Grenoble, 10 mars 1836 (Dev. et Car., 38, 2, 35).

droit d'élever un autre établissement dans le voisinage (1).

Une convention assez commune en cette matière est celle par laquelle le propriétaire d'une maison ou de tout autre immeuble, tel qu'un passage public dans lequel il y aurait plusieurs boutiques ou magasins, s'interdit, en louant une boutique à un marchand, la faculté d'en louer une semblable à un autre marchand faisant le même commerce. Mais on sent que pour cela il faut une stipulation expresse.

450. Une conséquence naturelle du droit de propriété, c'est que nul ne peut être contraint de céder sa propriété : s'il en était autrement, il n'y aurait plus de propriété. Il n'y a, à cette règle fondamentale, qu'une seule exception : c'est quand la cession est exigée par l'utilité publique (2), alors le propriétaire est obligé de subir l'expropriation qui est réclamée dans l'intérêt de tous.

S'il s'agit d'immeubles, l'expropriation ne peut avoir lieu que lorsque l'utilité publique a été préalablement déclarée par l'autorité compétente, et moyennant juste et préalable indemnité ; le tout dans la forme réglée par la loi du 3 mai 1841.

L'expropriation pour cause d'utilité publique n'a pas lieu, à proprement parler, en fait de meubles. On peut cependant lui assimiler, jusqu'à un certain point, la confiscation des comestibles gâtés exposés en vente (3) ; et avec plus de vérité encore, l'autorisation donnée, par l'article 249 du Code de commerce, aux capitaines de navire, si les victuailles du bâtiment manquent pendant le voyage, de contraindre, après avoir pris l'avis des principaux de l'équipage, ceux qui ont des vi-

---

(1) Voy. Cass., 17 juillet 1844 (Dev. et Car., 44, 1, 678).
(2) Art. 9 de la charte ; c. civ., 545.
(3) C. pén., 475 et suiv.

vres en particulier, de les mettre en commun, à la charge de leur en payer la valeur. Ici se retrouve la déclaration préalable d'utilité et l'indemnité. Seulement cette indemnité n'est pas nécessairement préalable, et le capitaine, au lieu de payer les vivres mis en commun avant leur livraison, peut ne les payer qu'à la fin du voyage, ou lorsqu'il se trouve dans un lieu où il peut se procurer l'argent nécessaire. La loi 2 § 3, ff, *ad legem rhodiam*, qui contenait une disposition analogue à celle de l'article 249 du Code de commerce, ne parlait même pas de l'obligation de payer les vivres mis en commun. *Eo magis, quod si quando ea (cibaria) deficerint in navigatione, quod quisque haberet, in commune conferret.* Mais dit Vinnius sur cette loi (2), *utique tamen non gratis ut nihil restitui necesse sit, sed cum onere restituendi ubi necessitas cessaverit.*

On peut encore voir une sorte d'expropriation pour utilité publique dans le jet d'une partie du chargement à la mer pour alléger le navire en cas de danger pressant (1). Mais il y a entre l'expropriation ordinaire et celle qui résulte du jet à la mer cette différence que l'expropriation n'est pas la conséquence directe et nécessaire du jet. En effet, si les marchandises jetées sont recouvrées, elles doivent être restituées aux propriétaires auxquels il n'est dû, dans ce cas, que le dommage causé par le jet et les frais de recouvrement, de telle sorte que c'est la perte définitive qui les exproprie et les rend créanciers de la valeur des marchandises jetées (3). *Qui levandæ navis gratiâ res aliquas projiciunt*, dit la loi 8 ff, *ad legem Rhodiam, non hanc mentem habent ut eas pro derelicto habeant : quippe si invenerint eas ablaturos, et si suspicati fuerint, in*

---

(1) *Ad. Peckium*, p. 215, note *i*.
(2) C. com., 410 et suiv.
(3) C. com., 429.

quem locum ejectæ sint requisituros. — « Si un navire a fait jet de plusieurs marchandises, dit *le grand Routier et pilotage de la mer*, il est à présumer que celui qui a fait ledit jet a encore intention de vouloir les recouvrer. » Un texte d'Ulpien (1) semble dire le contraire et supposer que le jet dépouille à l'instant même, de la propriété de la chose jetée, celui à qui elle appartient : *Si jactum ex nave factum alius tulerit, an furti teneatur ? Questio in eo est an pro derelicto habiturus sit : et siquidem derelinquendi animo jactaverit, quod plerumque credendum est, quum sciat periturum, qui invenit suum fecit, nec furti tenetur.* Mais d'après les interprètes du droit, Ulpien entend parler ici, non d'un jet forcé fait après délibération et pour échapper à un danger ; mais d'un jet fait volontairement et sans nécessité : *De eo qui simpliciter nec urgente aliquâ necessitate res aliquas in mare projicit* (2). Quoi qu'il en soit, et malgré le doute qui, sous l'empire de la législation romaine pouvait naître de la contrariété de ces textes, l'usage commercial, confirmé par la législation moderne, lève toute difficulté ; et aujourd'hui l'expropriation qui résulte du jet est subordonnée à la condition que les objets jetés ne seront pas recouvrés par le propriétaire.

Une autre différence entre l'expropriation et la dépossession qui résulte du jet à la mer, c'est que la perte des objets jetés qui dépouille irrévocablement le propriétaire, ne donne lieu à indemnité que si le jet a sauvé le navire (3) ; et que l'indemnité, quand il y a lieu de l'accorder, se règle par con-

---

(1) *In leg. falsus creditor*, 43, § *pen. ff. de furt.*

(2) *Vinnius*, *ad Peckium*, p. 271, note B. Voy. aussi Wesenbecius, cité par Vinnius ; et Nic. *de Passeribus*, *conciliar. leg.*

(3) C. com., 423.

tribution, c'est-à-dire que les objets sauvés contribuent, suivant leur valeur proportionnelle, à la réparation de la perte que les objets jetés sont obligés de supporter dans la même proportion; de telle sorte que l'indemnité attribuée à leur propriétaire n'est pas intégrale, mais se trouve réduite du montant de leur part dans la perte commune; autrement les propriétaires des objets jetés trouveraient, dans le jet, une occasion de bénéfice relatif, puisqu'ils seraient intégralement remboursés par les autres qui perdraient la valeur totale du remboursement (1).

451. Les droits de propriété qui ne peuvent se perdre sans le consentement exprès ou présumé du propriétaire, ne peuvent non plus s'acquérir sans le consentement de celui auquel on prétend les attribuer, en ce sens que chacun peut renoncer au droit qu'il a à une chose. Aux termes de l'article 711 du Code civil, la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs et testamentaire et par l'effet des obligations. Une succession, une donation veulent être acceptées; une obligation suppose un consentement exprès ou tacite. Nous n'avons pas à nous occuper ici des donations; nous avons expliqué dans le Livre précédent, en parlant des héritiers des commerçants, tout ce que nous avions à dire des successions; quant aux obligations, elles seront l'objet des Livres suivants. Il y a une manière particulière d'acquérir qui consiste dans la prescription fondée sur une possession plus ou moins longue; mais comme la prescription est aussi un moyen de se libérer d'une obligation, et que la prescription acquisitive, de même que la prescription libératoire, ont des principes communs, nous nous réservons de traiter plus tard spécialement de l'une et de l'autre.

---

(1) M. Pardessus, n. 743.

452. L'occupation est encore un moyen d'acquérir qui s'applique notamment au butin fait sur l'ennemi ([1]) et aux choses perdues. Quant aux choses perdues, la propriété n'en est attribuée à l'inventeur que lorsqu'elles ne sont pas réclamées dans un certain délai et suivant des conditions qui se rattachent aux règles sur la prescription. Les choses perdues ou abandonnées en mer sont soumises à des règles qui ont déjà été développées dans cet ouvrage ([2]).

453. La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession ([3]) : c'est encore là un moyen d'acquérir. Il s'applique soit à ce qui est produit par la chose, c'est-à-dire aux fruits, soit à ce qui s'unit et s'incorpore à la chose. C'est là le droit d'accession proprement dit. Occupons-nous d'abord du droit aux fruits.

Les fruits sont de deux sortes; les fruits naturels et les fruits civils. Les fruits naturels sont le produit naturel de la chose; tels sont les produits de la terre, les récoltes des champs, des prairies ou vignes, le croît des animaux. Les fruits civils sont les loyers ou le prix dûs par un tiers pour la jouissance qui lui a été accordée d'une chose susceptible de produire des fruits naturels ou d'être employée à un usage quelconque; tels sont le prix des baux à ferme quand ce prix est stipulé en argent et non en une portion des fruits naturels du fonds; les intérêts des sommes exigibles, les arrérages d'une rente, les loyers d'une maison, d'un moulin, d'une fabrique ([4]). Les fruits naturels sont appelés fruits industriels

---

([1]) Sur la légitimité de ce moyen, voy. t. I. liv. 2, tit. 1, ch. 2.
([2]) Voy. t. I, n. 428.
([3]) C. civ., 547.
([4]) C. civ., 583 et suiv.

quand ils sont le produit de la culture, c'est-à-dire du travail appliqué à la terre ([1]).

Quant aux produits des manufactures, des fonds de commerce, dans lesquels la terre n'est pour rien, et qui sont le résultat du travail, aidant le capital, ils ne rentrent dans aucune de ces classifications. Ce ne sont pas des fruits dans le sens que le Code civil donne à ce mot, ce sont des produits des capitaux engagés dans l'industrie, et ils appartiennent au travailleur, non comme étant le produit naturel du fonds sur lequel il exploite son industrie, mais comme étant le résultat de son travail combiné avec l'emploi intelligent de ses capitaux ([2]).

Les conséquences de cette distinction sont importantes : Nous les verrons tout-à-l'heure.

454. Le droit de percevoir les fruits étant la conséquence du droit de propriété, il faut en conclure que celui qui les a perçus, sans être propriétaire ou sans y être autorisé par un titre susceptible d'être opposé au propriétaire, est tenu de les restituer. La loi ne fait exception qu'en faveur du possesseur de bonne foi. Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu de les restituer ([3]). Le possesseur est de bonne foi quand il possède, comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus ([4]).

Nulle difficulté pour l'application de ces règles aux fruits naturels ou civils qui rentrent dans la classification du Code;

([1]) *Ibid.*

([2]) Voy. le mémoire de M. Rossi que j'ai déjà eu l'occasion de citer, *Rev. de législ.* t. II, p. 9.

([3]) C. civ., 549.

([4]) C. civ., 550.

et même si le possesseur d'un fonds ou d'un capital est de bonne foi, nulle difficulté non plus lorsqu'il s'agit de lui attribuer les produits qui résultent de la combinaison de son travail et de son industrie avec ce capital, et de l'usage qu'il a fait du fonds pour l'exercice de son industrie.

Mais il en est autrement si ce possesseur est de mauvaise foi : ici commence la difficulté et elle est grave. Le principe posé par l'article 549 du Code civil, est que le simple possesseur qui fait les fruits siens quand il est de bonne foi, est tenu, s'il n'est pas de bonne foi, de les rendre avec la chose au propriétaire qui la revendique. La question est de savoir si le possesseur, qui n'est pas de bonne foi, est tenu de rendre avec le capital ou le fonds qu'il possède indûment, les produits de son travail combiné avec l'utilité du fonds ou du capital.

Je ne le pense pas. De quels fruits entend parler l'article 549? Des fruits dont parle l'article 547, en posant le principe que les fruits appartiennent au propriétaire, c'est-à-dire des fruits naturels ou industriels de la terre, et des fruits civils, tels que ces fruits sont définis par les articles 583 et 584 auxquels se réfère l'article 549. Or, nous l'avons déjà vu, les produits du capital proprement dit, ou du travail aidant le capital sans le concours de la terre, ne se trouvent pas compris dans la classification de la loi. La disposition de la loi qui veut que le possesseur, dont la bonne foi n'est pas établie, soit tenu de restituer les fruits, ne s'applique donc pas aux produits dont il est ici question.

Il faut cependant le reconnaître, l'inapplicabilité de cette disposition ne serait pas une raison pour que ces produits devinssent la propriété d'un possesseur de mauvaise foi, s'ils étaient le produit immédiat et en quelque sorte naturel de la chose possédée; mais il n'en est pas ainsi. Un capital, ou pour

parler plus exactement, une somme d'argent, une manufacture, un fonds de commerce, sont possédés par un tiers qui n'est pas de bonne foi. Ces valeurs mobilières ou immobilières ne sont pas productives par elles-mêmes. Il faut qu'elles soient fécondées par le travail, l'industrie ou la spéculation, qui sont les agents indispensables de la production et qui appartiennent en propre au possesseur de la chose qui sert de point d'appui à la spéculation. Il ne peut donc être tenu de restituer un produit qu'il ne doit qu'à son travail et à son industrie. On objecterait à tort que la terre ne produit pas sans travail, et que cependant l'indu possesseur d'un fonds de terre, est tenu d'en restituer les fruits. En effet, à la différence d'un capital, d'un fonds de commerce, d'une manufacture, un fonds de terre est productif par lui-même. Le travail en augmente ou en améliore les fruits; il est même quelquefois la condition nécessaire de certaines productions. Mais la production, quelle qu'elle soit, se rattache cependant immédiatement au sol sans lequel rien n'eût été produit. Ici le travail est l'accessoire. Au contraire, quand il s'agit des produits de l'industrie manufacturière ou commerciale, le travail est non-seulement un agent nécessaire, c'est de plus l'agent principal. Dans l'industrie et dans le commerce, les produits viennent directement du travail aidé par des capitaux ; dans l'agriculture, ils viennent directement et naturellement du fonds aidé par le travail. Le possesseur d'un fonds de terre doit les produits ou les fruits, d'abord à la terre, ensuite à son travail; tandis que le possesseur d'un capital engagé dans l'industrie commerciale ou manufacturière est redevable des produits à son travail d'abord, ensuite au capital. Il n'est donc pas tenu de restituer les produits qu'il ne doit principalement qu'à lui-même. Néanmoins comme il se trouvait détenteur de capitaux ou d'immeubles dont le propriétaire

aurait retiré un loyer, il doit, en restituant ces capitaux ou ces immeubles, payer en même temps le loyer dont il est redevable à raison de l'usage qu'il en a fait, loyer qui figure dans une certaine proportion au chiffre total de ses produits. De cette façon il restitue les fruits proprement dits des biens ou valeurs qu'il détenait indûment, et il retient le produit de son industrie et de son travail qui lui appartient en propre et auquel personne ne peut prétendre ([1]).

455. Je passe au droit d'accession proprement dit, qui consiste dans le droit du propriétaire sur tout ce qui s'unit ou s'incorpore à sa chose ([2]). Ce droit a lieu relativement aux immeubles, et relativement aux meubles.

Relativement aux immeubles, il suffit de rappeler que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, et de faire remarquer que cette règle se modifie à l'égard des mines ([3]). Dans l'état actuel de la législation, le propriétaire de la surface est propriétaire de la mine qui se trouve dans son fonds. Mais cette mine ne peut être exploitée sans l'autorisation du gouvernement, autorisation qui peut être accordée soit au propriétaire de la surface, soit à un tiers, à la charge de payer, à titre d'indemnité de dépossession, une redevance annuelle au propriétaire. Quand l'exploitation est concédée soit au propriétaire, soit à un tiers, la mine devient une propriété nouvelle indépendante de la surface, susceptible comme toute autre propriété d'être hypothéquée et vendue. Toutefois elle ne peut être vendue par lots ou partagée, sans l'autorisation préalable du gouvernement ([4]).

([1]) Voy. le mémoire précité de M. Rossi.
([2]) C. civ., 551.
([3]) C. civ., 552.
([4]) Voy. la loi du 21 avril 1810.

Relativement aux meubles, l'accession a lieu dans trois cas ou de trois manières :

1° Par *adjonction*, lorsque deux choses appartenant à différents maîtres ont été unies en un seul tout, dont chacune forme cependant une partie distincte et reconnaissable. Dans ce cas, le tout appartient au maître de la partie principale, à la charge de payer à l'autre la valeur de la chose qui y a été unie. On répute alors partie principale celle à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première (1). C'est ainsi que dans un tableau le cadre est l'accessoire, et les broderies dans un habit.

Par une raison semblable, le papier est l'accessoire de l'écriture ou de l'impression; la toile, du tableau. On n'écrit pas, on ne peint pas pour l'usage du papier ou de la toile. Ces objets, dit très bien M. Duranton (2), sont au contraire employés eux-mêmes comme moyen nécessaire à l'exercice de l'action de peindre ou d'écrire, et pour en conserver l'effet. Le peintre qui peint sur une toile qui ne lui appartient pas, l'imprimeur qui imprime sur du papier qui appartient à autrui, sont donc propriétaires du tableau et de l'impression, à la charge de payer le prix de la toile ou du papier.

Que devrait-on décider à l'égard de l'impression de dessins de fabrique sur des étoffes? Il faut distinguer quelle est la chose la plus précieuse de l'étoffe ou du dessin. Si c'est l'étoffe, le dessin la suit comme accessoire; si c'est le dessin, l'étoffe suit le dessin. Cependant on peut poser comme règle générale que le dessin est un ornement, un complément de l'étoffe; dans les cas les plus ordinaires, il en doit donc être considéré comme l'accessoire, de telle sorte que celui qui a

---

(1) C. civ., 566 et suiv.
(2) T. IV, n. 436.

imprimé des étoffes qu'il croyait lui appartenir est tenu de les restituer au véritable propriétaire qui les revendique, et n'a droit qu'au prix des dessins ou de l'impression.

Au surplus, dans tous les cas où de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale, qui est la plus considérable en valeur, ou en volume si les valeurs sont à peu près égales (1). A plus forte raison, quand la chose unie est beaucoup plus considérable que la chose principal, le propriétaire de la chose, à l'insu duquel elle a été employée, peut-il demander qu'elle soit séparée pour lui être rendue, quand même il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe (2).

2° Par *spécification,* lorsque la matière d'autrui a été employée à former une chose nouvelle. Ce mode d'accession a lieu lorsqu'un artisan ou une autre personne a employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une nouvelle espèce. Dans ce cas, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main-d'œuvre. Si cependant la main-d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, le travail serait alors réputé la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose travaillée à l'insu du propriétaire, en lui remboursant le prix de la matière. C'est là une distinction toute naturelle entre le travail de l'ouvrier proprement dit et celui de l'artiste. Le travail du premier est l'accessoire ; le travail du second est le principal (3).

(1) C. c., 569.
(2) C. c., 566.
(3) C. c., 570, 571.

Il y a encore spécification lorsqu'une personne a employé en partie la matière qui lui appartenait, et en partie celle qui ne lui appartenait pas, à former une chose nouvelle, sans que ni l'une ni l'autre des deux matières soit entièrement détruite, mais de manière qu'elles ne puissent pas se séparer sans inconvénient. Dans ce cas, la chose est commune aux deux propriétaires, en raison, quant à l'un, de la matière qui lui appartenait; quant à l'autre, en raison à la fois et de la matière qui lui appartenait, et du prix de sa main-d'œuvre (1).

3° Par *mélange* ou *commixtion*, lorsque des choses, appartenant à différents maîtres, ont été mêlées ou confondues. Si aucune des matières ne peut être regardée comme la principale, et qu'elles puissent être séparées, celui, à l'insu et contre l'aveu duquel elles ont été mélangées, peut en demander la division. Si, au contraire, les matières sont devenues inséparables, ou si elles ne peuvent plus être séparées sans inconvénients, les différents propriétaires acquièrent en commun la propriété du mélange dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux (2).

Mais dans le cas où la matière appartenant à l'un des propriétaires serait de beaucoup supérieure à l'autre par la quantité et le prix, le propriétaire de la matière supérieure en valeur pourrait réclamer la chose provenue du mélange, en remboursant à l'autre la valeur de sa matière (3).

Il est une observation générale relative à toutes les règles qui précèdent sur le droit d'accession, c'est que leur appli-

---

(1) C. c., 572.
(2) C. c., 573.
(3) C. c., 574.

cation doit être éclairée par les principes de l'équité naturelle dont elles ne sont que la conséquence [1].

Une autre observation non moins importante, c'est que le droit d'accession ne peut avoir lieu si les additions, changements, transformations ou mélanges desquels il peut résulter, ont été effectués du consentement de toutes les parties intéressées. Il n'y a plus alors qu'un contrat de louage d'ouvrages, de vente ou de société dont les effets sont réglés par les principes généraux ou particuliers des conventions.

456. Après avoir indiqué les principes généraux qui régissent la propriété et les droits qui en sont la conséquence, il convient de dire quelques mots des droits contraires qui la limitent, tels que les droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de servitude. Nous n'avons à nous occuper ici que des droits d'usufruit.

L'usufruit est le droit de jouir des choses mobilières ou immobilières dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. Ce droit, qui peut avoir son fondement dans la loi ou dans la volonté de l'homme [2], présente, dans son application aux matières commerciales et industrielles, des difficultés qu'il importe d'éclaircir.

L'usufruitier a un droit de propriété sur les produits de la chose; c'est ce que l'article 582 du Code civil exprime en disant que l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils que peut produire l'objet dont il a l'usufruit. Les articles suivants déterminent ce qu'on doit entendre par fruits civils, industriels ou naturels; et nous avons déjà vu combien est incomplète

---

(1) C. c., 565.
(2) C. civ., 384 et suiv., 578 et suiv.

cette classification dans laquelle le législateur n'a eu en vue que les produits de la terre et du travail appliqué à la terre, et les revenus qu'on tire du louage des capitaux, sans tenir compte des produits, soit du capital proprement dit et dans le sens économique de ce mot, soit du travail aidant ce capital [1]. D'où la conséquence, qu'à s'en tenir au texte du Code, l'usufruitier n'aurait aucun droit aux produits d'une manufacture, d'un fonds de commerce, ou, en d'autres termes, que ces objets ne pourraient être soumis à un droit d'usufruit. Mais il faut entendre les articles 582 et suivants du Code civil dans un sens démonstratif plutôt que dans un sens limitatif ou restrictif; se rattacher au principe qui donne à l'usufruitier la jouissance ou plutôt la propriété de toute espèce de fruits, et par conséquent de tous ceux qui peuvent être produits par des moyens naturels ou industriels, lors même qu'ils ne rentreraient pas dans la classification ou dans la définition inutile que le législateur en a imprudemment faite. Jamais il ne se rencontra une application plus juste de ce vieux brocard de l'école : *Omnis definitio in jure periculosa.*

Du reste, les produits n'appartiennent à l'usufruitier que lorsque, d'après leur destination, ils doivent être détachés du fonds ou du capital, et non lorsqu'ils doivent y être joints pour l'accroître. Ainsi, dans certaines sociétés, une partie des produits est mise de côté pour constituer un fonds de réserve qui accroît le capital et qui ne doit être distribué qu'à certaines périodes, lorsqu'il dépasse ou atteint un certain taux. Ce fonds de réserve n'appartient pas à l'usufruitier d'actions ou de parts sociales, pas plus que le capital ne lui appartient, ou du moins il n'a droit qu'à la jouissance des parties de ce fonds qui sont distribuées pendant le cours de son usufruit.

---

(1) Voy. *sup.*, n. 433.

C'est en ce sens qu'il a été jugé par la cour royale de Paris, le 27 avril 1827 (1), que le fonds de réserve des actions de la banque de France, qui s'est formé pendant la durée d'un usufruit, n'est pas un fruit civil qui appartienne à l'usufruitier; que ce fonds de réserve accroît au capital et appartient exclusivement au propriétaire; et que, par suite, le droit de l'usufruitier se trouve réduit à la jouissance de la portion de ce fonds de réserve, qui a été distribué dans le cours de l'usufruit.

457. Dans le cas où des manufactures, des fonds de commerce ou d'industrie seraient compris dans un droit d'usufruit, l'usufruitier qui, aux termes de l'article 578, ne peut jouir de la chose qu'à la charge d'en conserver la substance, serait tenu d'exploiter la manufacture ou le fonds de commerce, puisqu'en ne l'exploitant pas il dissiperait la clientelle et l'achalandage qui font partie de la substance du fonds.

Par la même raison, si dans un usufruit se trouvaient compris des bâtiments affectés à une usine ou à une manufacture, l'usufruitier ne pourrait en changer la destination, puisque la destination de ces bâtiments fait partie intégrante de leur utilité, et conséquemment de leur substance.

Mais, dans un cas comme dans l'autre, l'usufruitier ne serait tenu de continuer l'exploitation et d'entretenir la destination de la chose, que s'il avait non-seulement l'usufruit du capital fixe ou engagé, c'est-à-dire du matériel composé, soit des immeubles, soit des machines, mais aussi l'usufruit du capital circulant, c'est-à-dire du capital employé à l'achat des matières premières, des marchandises et des dépenses journalières; car on ne pourrait pas contraindre l'usufruitier, qui ne recevrait qu'un capital fixe, à faire les avances d'un capital

(1) Dev. et Car., 8, 2, 361.

circulant nécessairement considérable, et à changer la destination de ses propres capitaux dans l'intérêt du nu-propriétaire.

458. Du reste, les rédacteurs du Code ont si peu prévu les difficultés de ce genre, et toutes celles qui peuvent se rattacher à l'usufruit établi sur des usines ou des manufactures, qu'ils n'ont rien statué sur les réparations qui, dans cette hypothèse, doivent être à la charge de l'usufruitier, et celles qui restent à la charge du nu-propriétaire. Ils posent bien en principe que l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien, et que les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire; mais dans la classification qu'ils font des unes et des autres, ils prennent pour point de comparaison les immeubles ordinaires affectés à l'habitation ou à l'industrie agricole, ce qui la rend difficilement applicable au cas qui nous occupe (1), c'est seulement par analogie qu'on peut lui appliquer les règles du Code civil; et quand il n'y a aucune analogie, il faut recourir aux règles de l'équité.

Préoccupé d'intérêts exclusivement agricoles, le Code, dit M. Rossi (2), est descendu jusqu'au détail des échalas que l'usufruitier d'un vignoble peut prendre dans la forêt; mais il se tait sur le droit de l'usufruitier d'une usine ou d'une manufacture de prendre le bois nécessaire à la réparation ou à la construction des machines. On peut cependant appliquer, par analogie à ce cas, la disposition de l'article 592, qui autorise l'usufruitier à faire abattre les arbres nécessaires aux réparations dont il est tenu, à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire.

---

(1) C. civ., 605 et 606.
(2) Mémoire déjà cité, p. 10. C. civ., 593.

459. L'usufruit peut avoir pour objet des choses fongibles, c'est-à-dire dont on ne peut faire usage sans les consommer, aussi bien que des choses non fongibles, c'est-à-dire qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage ([1]). Ces deux cas sont réglés par les articles 587 et 589 du Code civil. Aux termes de l'article 587, si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation à la fin de l'usufruit. Et aux termes de l'article 589, si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre à la fin de l'usufruit que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol et par sa faute.

Dans le premier cas, l'usufruitier se trouve en réalité propriétaire des choses, ce qui a fait donner au droit dont il jouit alors le nom de quasi-usufruit, parce qu'il n'est pas tenu de les rendre identiquement à la fin de l'usufruit, et qu'il peut se libérer à son choix, ou par la restitution d'objets de pareille quantité et qualité, ou par le payement du prix d'estimation au

---

([1]) Observons ici que cette définition de choses *fongibles* et non *fongibles* n'est pas toujours absolument exacte en ce sens, qu'une chose qui ne se consomme pas naturellement par le premier usage qui en est fait, peut cependant être considérée comme fongible entre les mains d'un tiers, tel qu'un emprunteur, si elle lui a été remise pour être consommée, et à la charge de rendre une autre chose pareille; et qu'une chose qui se consomme peut être considérée comme *non fongible*, si elle n'a été prêtée qu'à la charge par l'emprunteur de la restituer identiquement.

moment de la cessation de l'usufruit [1]. M. Proudhon [2] pense au contraire que le temps à considérer pour la fixation de cette valeur est celui de l'ouverture, et non celui de la cessation de l'usufruit. Mais, outre que cette opinion est contraire au principe des articles 1897 et 1903 du Code civil, relatifs à la restitution en matière de prêt de consommation, il est évident que l'option laissée à l'usufruitier de se libérer, soit par une restitution en nature, soit par le payement de la valeur estimative au jour de l'ouverture de l'usufruit, mettrait de son côté toutes les chances favorables, sans en laisser aucune au propriétaire, puisque si la valeur des choses avait augmenté, au lieu de la rendre en nature, l'usufruitier n'en rendrait que l'estimation; tandis qu'en prenant pour base de l'estimation la valeur à la fin de l'usufruit, le propriétaire a la chance de gagner, s'il y a augmentation de valeur, soit qu'on lui restitue les choses en nature, soit qu'on lui en restitue la valeur [3].

Il est encore à remarquer que dans le même cas, et lorsque la restitution a lieu en nature, l'article 587 exige la restitution, non-seulement en pareille quantité et qualité, mais encore en pareille *valeur*. Mais il y a là un vice de rédaction qui tient à ce que les auteurs du Code ne se sont pas rendu un compte exact du sens du mot *valeur*, et de ce qu'ils l'ont employé, non dans sa signification vraie et économique, mais comme synonyme de qualité et quantité. Il faut donc entendre cette disposition, en ce sens qu'il suffit de rendre les mêmes qualités et quantités, *ou* la même valeur en quantités et qualités différentes. S'il en était autrement, la dispo-

---

(1) M. Zachariæ, t. I, p. 6; M. Delvincourt sur l'art. 587.
(2) *De l'usufruit*, t. V, n. 2634.
(3) M. Zachariæ, *ibid.*, note 7.

sition de l'article 587 n'aurait pas de sens et serait inexécutable; car, à moins de circonstances extraordinaires, après un usufruit qui aura duré plusieurs années, les choses restituées en même qualité et quantité ne pourront pas avoir la même valeur, puisque cette valeur est destinée à varier journellement avec les rapports de la demande et de la production, et réciproquement celles restituées en même valeur, ne pourront pas l'être en même qualité ou quantité (1).

Du reste, l'article 587 qui donne à l'usufruitier de choses fongibles l'option de les restituer en pareille qualité et quantité, ou de n'en restituer que l'estimation, est diversement entendu par les auteurs. Suivant M. Duranton (2), si les objets soumis à l'usufruit ont été estimés lors de l'entrée en jouissance, l'usufruitier ne peut se libérer qu'au moyen du prix d'estimation; si, au contraire, il n'y a point eu d'estimation, l'usufruitier est tenu de restituer d'autres objets de même quantité et qualité, sans pouvoir en offrir la valeur estimative; de telle sorte que, d'après cet auteur, il n'a jamais d'option. Cette opinion se fonde sur la disposition de la loi 7 ff. *De usufr. earum rerum quæ usu consumuntur; vel minuuntur.* Cette loi est ainsi conçue : *Si vini, olei, frumenti, ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet, et ab eo cautio desideranda est : ut quandoque is mortuus aut capite diminutus sit, ejusdem qualitatis res restituatur : aut, æstimatis rebus, certæ pecuniæ nomine cavendum est : quod et commodius est.* Ce texte, dit-on, pose deux cas, dans lesquels l'usufruitier, bien que la restitution ne se fasse pas de la même manière, n'a jamais le droit d'option;

---

(1) M. Rossi, *Mémoire* déjà cité, p. 10; M. Zachariæ, *ubi sup.*, note 6.

(2) T. IV, n. 577.

dans le premier cas, où les choses ne lui sont pas livrées sur estimation, il doit rendre la même quantité et qualité que celle qu'il a reçue; dans le second cas, où les choses ont été livrées sur estimation, il doit le prix auquel elles ont été évaluées. Cette interprétation de la loi romaine peut être exacte, mais elle ne saurait être suivie en présence de l'article 587 qui permet, en termes exprès, à l'usufruitier d'opter entre la restitution en nature et la restitution de la valeur estimative (1). Cependant le droit d'opter doit être limité au cas où les choses n'ont pas été livrées sur estimation. Si, au contraire, l'estimation des choses a eu contradictoirement lieu à l'ouverture de l'usufruit, on doit suivre le principe que l'estimation vaut vente, principe consacré par plusieurs dispositions du Code, soit en matière de dot (2), soit en matière de donations (3), et décider que l'usufruitier ne peut rendre que cette estimation. Cette estimation contradictoirement acceptée, et la vente qui en est la conséquence, constituent une convention dérogatoire à la généralité des termes de l'article 587 qui ne défend pas de renoncer à l'option qu'il accorde en principe. Lors donc qu'il y a convention, c'est la convention qu'il faut suivre. « L'usufruitier (des choses fongibles) est distingué du propriétaire, dit Domat (4), en ce qu'il est obligé, après l'usufruit fini, de rendre, *selon la condition de son titre*, ou une pareille quantité de même nature que celle qu'il avait reçue, ou la valeur des choses au temps qu'il les a prises. »

Dans le cas de l'article 589, c'est-à-dire s'il s'agit de

---

(1) M. Zachariæ, t. II, p. 7, note 5.

(2) C. civ., 1551, *Dos estimata, dos vendita.*

(3) C. civ., 868. Voy. Furgole, sur l'art. 9 de l'ord. de 1747, sur les *Substitutions.*

(4) *Lois civiles*, liv. II, tit. 2, sect. 3, n. 7.

choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, l'usufruitier est libéré en les restituant dans l'état où elles se trouvent à la fin de l'usufruit, quelque détériorées qu'elles soient, pourvu que cette détérioration ne provienne que de l'usage auquel elles étaient destinées.

Mais ici encore, il faut remarquer, comme dans le cas de l'article 587, que, si la prise de possession de l'usufruitier avait été précédée d'une estimation contradictoire, alors il serait réputé acquéreur des objets soumis à son usufruit, et tenu, à la fin de la jouissance, de restituer cette valeur estimative. Ici encore, c'est la convention qui ferait la loi des parties; et on devrait présumer que l'usufruitier, en consentant à l'estimation, a pris à sa charge la détérioration des objets, les cas fortuits qui peuvent les détruire, et qu'il s'est reconnu débiteur, quelle que chose qui arrive, du montant de l'estimation [1].

460. L'application de ces règles qui semblent faites d'après le texte même et les exemples explicatifs qu'il renferme, pour les choses servant aux usages de la vie, n'est pas sans difficulté quand il s'agit de choses engagées dans une exploitation commerciale ou manufacturière, par exemple d'un fonds de commerce et de ses accessoires.

Nous avons déjà vu qu'un fonds de commerce se compose de l'achalandage, du matériel d'exploitation et de marchandises, c'est-à-dire de choses qui sont de nature différentes, puisque les unes, telles que l'achalandage et le matériel, ne sont pas susceptibles de se consommer de suite par l'usage, tandis que les marchandises destinées à être vendues se consomment civilement par la vente ou en d'autres termes par le premier usage qui en est fait; de telle sorte

---

[1] M. Duranton, t. IV, n. 579.

que, considérés séparément les uns des autres, l'achalandage, le matériel d'exploitation et les marchandises, se trouvent soumis à des règles diverses; l'achalandage et le matériel à l'article 589, aux termes duquel l'usufruitier n'est obligé de rendre les choses, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute; et les marchandises, à l'article 587, qui donne à l'usufruit l'option de restituer les choses, en pareille qualité et quantité, ou de restituer leur valeur estimative.

Mais considéré en lui-même et comme réunion de ces divers éléments, qui, séparés, ne constituent pas un fonds de commerce, le fonds de commerce est un corps universel qui ne se consomme point de suite par l'usage ou l'exploitation, puisque cette exploitation ne peut avoir lieu sans le remplacement partiel ou intégral des marchandises, à mesure qu'elles en sortent par la vente. Sous ce point de vue, le fonds de commerce serait uniquement régi par l'article 589, et il suffirait à l'usufruitier de le rendre à la fin de l'usufruit dans l'état où il se trouverait, non détérioré pas son dol ou par sa faute, mais plus ou moins garni selon que le remplacement des marchandises vendues aurait été opéré avec plus ou moins de promptitude et d'une manière plus ou moins complète.

Cependant, hâtons-nous de le dire, cette conclusion est inadmissible.

Si, relativement au vendeur ou à l'acheteur, et même relativement à celui qui le possède à titre de propriétaire, le fonds de commerce peut constituer un corps universel dans lequel se confondent les divers éléments dont il se compose, il en est autrement, relativement à l'usufruitier, et au propriétaire qui se trouve en présence de l'usufruitier. L'usufruitier qui a reçu des réalités, ne peut se libérer avec des

abstractions. Il a reçu des marchandises, il doit rendre des marchandises : il a reçu un achalandage, il doit rendre cet achalandage, chaque chose suivant la manière qui lui est propre. Mais il ne pourrait être libéré en rendant, après une exploitation inintelligente, quoique exempte de dol ou de fraude, un fonds mal garni et dont il aurait absorbé la substance.

Il faut donc, à moins de conventions contraires sur le mode de restitution, distinguer l'achalandage et le matériel des marchandises et appliquer à chacun des règles diverses, attendu la diversité de leur nature. Mais quelles sont ces règles? Sont-elles invariablement, pour les marchandises, celles de l'article 587; et pour l'achalandage et le matériel, celles de l'article 589?

Occupons-nous d'abord des marchandises.

Suivant M. Proudhon (1), il faut distinguer entre les qualités individuelles des marchandises. S'il s'agit de marchandises qui, d'après leur nature particulière, se consomment par le premier usage, et qu'il est toujours facile de remplacer par d'autres marchandises de même nature et qualité, telles que celles qui composent un fonds d'épicerie, le blé, le bois, l'article 587 est applicable, et l'usufruitier a l'option entre la restitution des choses de même quantité et qualité, et la restitution de leur valeur estimative. Si, au contraire, il s'agit de draps, de toiles, de tissus, dont la qualité est variable, et dont la valeur suit la mode, l'usufruitier ne peut se libérer qu'en remboursant la valeur estimative des marchandises au moment de l'ouverture de l'usufruit.

Cette distinction ne me paraît pas admissible. M. Proudhon établit une différence entre les marchandises qui se consomment de suite entre les mains de l'acheteur, et

(1) *De l'usufruit*, n. 1010 et suiv.

celles qui résistent au premier usage qui en est fait par l'acheteur. Ainsi, le blé, les épiceries, se consomment de suite; les tissus, les draps, les toiles, résistent à l'usage et subissent seulement une détérioration plus ou moins lente. Mais cette différence, qui semble avoir influé sur l'opinion de M. Proudhon, est sans intérêt. C'est entre les mains de l'usufruitier qu'il faut considérer les marchandises, et non entre les mains de l'acheteur. Or, quel que soit le sort de chaque marchandise entre les mains de l'acheteur, toutes subissent la même consommation entre les mains du marchand, puisque toutes sont destinées à être vendues, et que, par la vente, elles se consomment toutes civilement et de la même manière. Entre les mains de l'acheteur, elles subissent une consommation réelle qui ne peut avoir aucune influence sur la consommation civile qui a lieu par l'effet de la vente. Donc, sous ce rapport, le droit d'option consacré par l'article 587 est applicable aux unes comme aux autres.

Le motif pris de ce que certaines marchandises peuvent toujours être restituées en pareille quantité et qualité, tandis que les variations de la mode et les différences de fabrication rendent difficile la restitution des autres, est-il mieux fondé? Je ne le crois pas. Si certains objets de commerce sont variables, ce n'est pas une raison pour que celui qui en a reçu pour une valeur déterminée à l'ouverture de son usufruit, ne puisse pas en rendre la même valeur lorsque l'usufruit prend fin. Il ne rendra pas identiquement et *in specie* les mêmes qualités et quantités qu'il a reçues; mais il rendra des marchandises qui, à la cessation de l'usufruit, représentent d'après estimation les mêmes qualités et quantités. Il y a peu de commerces où la restitution identique des mêmes sortes ne causât un grave préjudice au nu-propriétaire qui recevrait des objets invendables. Dans un commerce de draps, on rendra

des draps de la couleur, de la largeur, adoptées au moment de la restitution; de même dans le commerce des soies, de même dans celui des nouveautés. On suivra la mode, pourvu qu'en définitive le propriétaire reçoive des quantités et qualités qui représentent exactement les qualités et quantités reçues par l'usufruitier.

Je pense donc que dans ces cas divers l'usufruitier a, pour se libérer, l'option que lui laisse l'article 587 (1).

Dans les mêmes cas, l'achalandage étant naturellement entretenu par l'exploitation, l'usufruitier n'est tenu à le restituer que dans l'état où il se trouve à la cessation de l'usufruit, pourvu qu'il ne se soit pas détérioré par son dol ou par sa faute (2).

Quant au matériel d'exploitation, tels que meubles, comptoirs, instruments, machines, qui ne s'usent et ne se détériorent que par un long usage, l'usufruitier n'est également tenu de les restituer que dans l'état où ils se trouvent (3); en observant toutefois que ces objets servant à l'exploitation et leur entretien étant indispensable à l'exploitation, et, conséquemment, à la conservation du fonds, l'usufruitier est tenu de les entretenir, de les réparer, de les remplacer même pendant la durée de son usufruit, et pourrait, suivant les circonstances, être reconnu en faute, s'il rendait ces objets dans un état ancien de délabrement tel que la valeur même du fonds en fût compromise.

Au surplus, les règles qui précèdent peuvent être modifiées par les conventions des parties desquelles il résulterait que

---

(1) M. Zachariæ, t. II, p. 6, note 2. Cass., 9 mess. an XI (Dev. et Car., 1, 1, 823); Toulouse, 18 déc. 1832 (*ibid.*, 33, 2, 209).

(2) M. Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Fonds de com.*, n. 6 et 7.

(3) *Ibid.*, n. 9 et 10.

l'usufruitier s'est interdit l'option que lui laisse l'article 587, soit en s'engageant à ne rendre que des marchandises (1), soit en s'engageant à les rendre suivant l'estimation au moment de l'ouverture de l'usufruit, obligation qui résulterait, comme nous l'avons vu plus haut (2), de ce qu'il aurait reçu le fonds sur estimation. Mais dans les cas ordinaires, la renonciation au droit d'opter ne se présume pas; aussi a-t-il été jugé, le 5 juillet 1824, par la Cour royale de Rouen, que la veuve usufruitière du fonds de commerce de son mari décédé, peut n'en rendre que la valeur estimative, et n'est pas tenue de restituer à ses enfants les marchandises en nature, alors même que dans l'inventaire elle s'est expressément chargée de *régir*. On ne serait pas fondé à conclure de là qu'elle s'est obligée à régir pour le compte de ses enfants, et qu'elle doit leur restituer les marchandises (3).

461. Jusqu'ici, j'ai raisonné dans l'hypothèse où le fonds de commerce se compose, outre l'achalandage, de marchandises proprement dites, c'est-à-dire d'objets matériels destinés à être vendus après avoir été achetés; mais il peut arriver que ces objets ne figurent qu'accessoirement dans la valeur et la consistance du fonds de commerce, et que cette valeur réside surtout dans la propriété d'un objet incorporel, dont l'exploitation constitue le commerce ou l'industrie soumis à l'usufruit. Ainsi, au fonds de commerce peuvent être attachés un brevet d'invention, des droits de propriété littéraire ou artistique, dont la durée est limitée par la loi (4), ou simplement une idée, telle qu'un secret de

---

(1) Cass., 10 avril 1814 (Dev. et Car., 4, 1, 553).
(2) Voy. *sup.*, n. 459.
(3) *Ibid.*, 7, 2, 398; Dall., 12, 798.
(4) Voy. le ch. suiv.

fabrication qui, sans être protégée par aucun droit privatif, fait cependant la fortune du fonds de commerce en lui donnant une vogue qui doit s'user avec l'idée qui la soutient.

Ici la thèse change : on doit alors considérer dans le fonds de commerce, non les marchandises produites par l'exercice des droits privatifs ou par l'idée qui y sont attachés, mais bien les droits privatifs ou l'idée qui donnent la valeur aux marchandises dont ils assurent le débit tant que le droit durera ou que l'idée aura la vogue, et sans lesquels le fonds n'existerait pas de la même manière et dans les mêmes conditions. Or, une idée qui ne peut se soutenir que pendant un certain temps; des droits de propriété industrielle, artistique ou littéraire, dont la durée est nécessairement limitée, ne peuvent faire l'objet d'un usufruit ordinaire. Ces objets sont la substance même de la chose soumise à l'usufruit; et comme cette chose s'use et se consomme sans pouvoir être ni entretenue, ni remplacée, il en résulte qu'on ne peut la ranger ni dans la classe de celles qui s'usent par le premier usage qui en est fait, et qu'on peut rendre en pareille quantité et qualité; ni dans la classe de celles qui se détériorent peu à peu par l'usage, et qu'il suffit de rendre dans l'état où elles se trouvent à la fin de l'usufruit, puisqu'il est de leur nature de s'user complètement dans un temps donné qui dépassera rarement la durée d'un usufruit ordinaire; de telle sorte que si la restitution de ces choses incorporelles était régie soit par les dispositions de l'article 587, soit par celles de l'article 589, il arriverait presque toujours que l'usufruitier absorberait et consommerait la substance même du fonds, et n'aurait à restituer au propriétaire qu'un fonds déprécié ou une valeur insignifiante. Dans ce cas donc, il faut décider que l'usufruitier ne peut se libérer qu'en rendant la valeur estimative du fonds au moment de l'ouverture de l'usufruit, et

que, moyennant cette restitution, il en reste propriétaire. Accepter un usufruit dans de pareilles conditions, c'est se rendre acquéreur du fonds de commerce : l'usufruit n'est que le droit de jouir à la charge de restituer, d'où il résulte que, lorsqu'il se trouve établi sur une chose dont on ne peut jouir sans la consommer, et qui, en même temps, est de telle nature qu'elle ne peut être restituée en choses de pareilles quantité et qualité, il n'y a que la valeur de restituable, et que l'usufruitier devient forcément le maître de la chose, à la charge d'en payer la valeur au propriétaire à la fin de l'usufruit, comme dans le cas où il s'agit de choses qu'il a reçues sur estimation.

Cette doctrine a été consacrée par la Cour de cassation dans une espèce où il s'agissait d'un fonds de commerce de marchand d'estampes, auquel étaient attachées des planches gravées. On a considéré que l'usage fait pendant la durée de l'usufruit de ces planches gravées consommait nécessairement la valeur du fonds, en multipliant le nombre des estampes dont le débit devait s'épuiser, et que l'usufruitier qui, dans ces circonstances, s'était chargé du fonds d'après la valeur fixée par l'inventaire, et à ses risques et périls, ne pouvait se libérer en rendant le fonds dans l'état où il se trouvait à la fin de l'usufruit, mais seulement en rendant sa valeur estimative déterminée par l'inventaire [1].

Il n'en serait autrement que si l'usufruitier n'avait accepté l'usufruit qu'à la condition de rendre le fonds dans l'état où il se trouverait à la fin de sa jouissance, et stipulé qu'il n'entendait pas s'en charger à ses périls et risques. Mais une pareille stipulation ne pourrait avoir lieu que s'il s'agissait d'un usufruit établi par la volonté de l'homme, et si l'usufruitier

[1] Cass., 13 décembre 1842 (Dev. et Car., 43, 1, 22).

se trouvait en présence d'un nu-propriétaire capable de contracter. Si, au contraire, il s'agissait de l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs ([1]), qui ne pourraient changer conventionnellement les conditions naturelles de l'usufruit, les père et mère seraient tenus, dans l'hypothèse qui précède, de rendre la valeur estimative du fonds de commerce, à moins toutefois qu'ils n'aimassent mieux, en renonçant à l'usufruit, se borner à gérer le fonds pour le compte des mineurs; mais, dans ce cas, ils ne pourraient être admis à restituer le fonds en nature qu'en rendant compte de leur gestion, et en restituant en même temps les profits constatés par ce compte.

462. Je serais porté à appliquer à l'usufruit d'un fonds de commerce de banque, tout ce qui vient d'être dit relativement au fonds de commerce qui consiste principalement dans la valeur d'une chose incorporelle. La marchandise d'une maison de banque, c'est la monnaie métallique ou de papier; et il n'est pas assurément impossible de restituer, à la fin d'un usufruit, la somme en argent ou en papier qui formait l'actif net de l'établissement au moment de l'ouverture de l'usufruit. Mais à côté de cet actif, il y a le crédit qui est une chose fragile, facile à perdre, difficile à recouvrer, et que l'usufruitier peut consommer sans retour. Il y a aussi la correspondance et les relations qu'il ne faut pas confondre avec la clientèle et l'achalandage : comme le crédit, elles font partie intégrante et constitutive du fonds, et peuvent être rompues par le fait de l'usufruitier, sans qu'il y ait faute de sa part. Celui-ci peut donc se trouver dans l'impossibilité de restituer ces différents éléments, s'ils lui échappent par suite de l'usage qu'il en a fait. Il n'a dès-lors qu'un moyen de

---

([1]) C. civ., 584.

s'acquitter équitablement envers le nu-propriétaire : c'est de lui rendre, à la cessation de sa jouissance, la valeur estimative du fonds au moment de l'ouverture de l'usufruit, ce qui l'en constitue en quelque sorte l'acquéreur et laisse le fonds à ses risques et périls.

On peut en dire autant, et par des motifs analogues, lorsque l'usufruit porte sur une maison de commission.

468. Voici donc, en résumé, et sauf les modifications que les circonstances dans lesquelles l'usufruit est constitué, pourraient exercer sur les obligations de l'usufruitier, relativement au mode de restitution, les règles générales d'après lesquelles on doit se guider.

Quand l'usufruit porte sur un fonds de commerce composé de marchandises corporelles qui, se consommant par la vente qui en est faite, peuvent être instantanément remplacées au moyen d'achats, il est régi, quand aux marchandises, par l'article 587, c'est-à-dire que, à la cessation de l'usufruit, l'usufruitier a l'option de restituer ou les marchandises en pareilles quantité et qualité, ou leur valeur estimative ; quant à l'achalandage et quant aux accessoires, tels que meubles, machines, ustensiles, par l'article 589, c'est-à-dire que l'usufruitier est libéré en les restituant dans l'état où ils se trouvent, non détériorés par son dol ou par sa faute, et à la charge d'avoir entretenu les objets susceptibles d'entretien en état de remplir leur destination.

Quand, au contraire, le fonds de commerce consiste principalement en objets incorporels, tels que brevets d'invention, droits de propriété littéraire ou artistique, crédit, correspondances, toutes choses qui se consomment ou peuvent se consommer par l'usage qu'en fait l'usufruitier, et qui ne peuvent être remplacées par lui, on doit décider qu'en s'en chargeant il les prend à ses risques et périls, qu'il en devient

acheteur et qu'il ne peut se libérer à la fin de l'usufruit qu'en payant au propriétaire la valeur intégrale du fonds suivant son estimation au jour de l'ouverture de l'usufruit. Ici peut s'appliquer la décision du § 16 de la loi 77 ff, *de legatis* 2°, qui, dans un cas analogue, considère comme acheteur le légataire d'un établissement commercial chargé de le rendre aux héritiers du testateur : *mensæ negotium ex causâ fidei commissi susceptum emptioni simile videtur.*

464. Pour garantir l'exécution des obligations de l'usufruitier la loi exige qu'avant d'entrer en jouissance il fasse dresser à ses frais un inventaire des meubles et un état descriptif des immeubles sujets à l'usufruit (1). Néanmoins, faute de remplir ce devoir, l'usufruitier n'encourt pas la déchéance de son droit; seulement il sera réputé avoir reçu les immeubles en bon état, et à la fin de l'usufruit, le propriétaire sera admis à prouver l'importance du mobilier par toute sorte de preuves, même par commune renommée (2). Un testateur ou un donateur peut d'ailleurs, en constituant un usufruit, dispenser l'usufruitier de faire inventaire, pourvu que cette dispense ne porte point atteinte aux droits des créanciers ou des héritiers à réserve; mais cette dispense n'empêche pas le propriétaire ou ses héritiers de faire lui-même cet inventaire à ses frais, de telle sorte qu'elle n'a d'autre effet que de mettre à la charge du propriétaire ou de ses héritiers les frais de l'inventaire qui, sans cela, resteraient à la charge de l'usufruitier (3).

De plus, l'usufruitier est tenu de fournir caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est pas dispensé par l'acte

---

(1) C. civ., art. 600.
(2) M. Toullier, t. III, n. 421; M. Proudhon, t. II, n. 794 et 795.
(3) M. Locré, sur l'art. 600; M. Proudhon, t. II, n. 800 et suivants.

constitutif de l'usufruit. Cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leur enfants, le vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution ([1]).

Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les articles 602 et 603 du Code civil prescrivent certaines mesures conservatoires dont l'application peut se faire aux matières commerciales.

Aux termes de l'article 602, si l'usufruitier ne fournit pas caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre; les sommes comprises dans l'usufruit sont placées; les denrées sont vendues, et le prix en provenant est pareilreillement placé : les intérêts de ces sommes et le prix des fermes appartiennent dans ce cas à l'usufruitier. L'article 603 ajoute que, dans le même cas, le propriétaire peut exiger que les meubles, qui dépérissent par l'usage, soient vendus pour le prix en être placé comme celui des denrées, et alors l'usufruitier jouit de l'intérêt pendant son usufruit.

Lors donc qu'il s'agit d'immeubles affectés à une usine, à une manufacture, il faut les louer à la charge d'en maintenir l'emploi; s'il s'agit d'un fonds de commerce, qui se compose à la fois de choses fongibles et non fongibles, il faut le vendre et en placer le prix.

—

CHAPITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE, ARTISTIQUE ET INDUSTRIELLE.

SOMMAIRE. — 465. Objet du chapitre II.

465. Le droit des auteurs, des artistes, des inventeurs

([1]) C. civ., 601.

sur les produits de leur intelligence, n'a pas toujours été reconnu d'une manière aussi positive qu'il l'est aujourd'hui; et aujourd'hui même qu'il est reconnu par la loi dans de certaines limites, son principe reste livré à la controverse; les systèmes se le disputent, et aux yeux de plus d'un publiciste, ce qui est n'est pas ce qui devrait être.

Le plan de cet ouvrage ne me permet pas de me livrer à des développements très étendus sur une matière aussi spéciale à laquelle seule peuvent suffire des traités particuliers, qui d'ailleurs ne lui manquent pas. Cependant la propriété littéraire, artistique ou industrielle joue un si grand rôle dans les affaires commerciales, que je ne puis m'empêcher de rappeler ici quelques principes généraux, soit sur le fondement même de ce droit, soit sur les conditions légales de son établissement, soit sur les garanties que la loi lui accorde. Je serai très bref et ne toucherai que les points capitaux.

—

SECTION I. — DU DROIT DES AUTEURS, ARTISTES ET INVENTEURS.

SOMMAIRE.— 466. Fondement philosophique de la propriété littéraire, artistique ou industrielle. — 467. Système contraire. — 468. Limites naturelles et nécessaires de cette espèce de propriété. — 469. De la propriété des marques et des noms.

466. On l'a dit souvent, la pensée de l'homme est la partie la plus intime de son être. La pensée est la partie essentielle de l'homme, la manifestation de son existence, l'émanation spirituelle de son intelligence divine.

Tant que la pensée reste dans l'esprit de l'homme, et qu'elle ne se produit par aucune émanation extérieure, nul autre que celui en qui elle est née, ne peut y prétendre. La propriété de l'idée est ici la propriété de la personne, où

plutôt il n'y a aucun objet sur lequel puisse s'exercer un droit de propriété proprement dit, puisque la propriété suppose une chose exposée à des prétentions diverses, et sur laquelle quelqu'un acquiert un droit privatif, tandis que lorsqu'il s'agit d'une pensée non émise, elle est à l'abri de toute prétention de la part des tiers.

Mais lorsque l'idée se manifeste extérieurement, quand elle revêt une forme matérielle, et vient frapper les sens de la multitude, alors il y a un objet sur lequel des prétentions contraires peuvent s'exercer. Cet objet n'est pas l'idée où la pensée considérée en elle-même ou d'une manière abstraite; car, sous ce point de vue, la pensée une fois émise et publiée, peut entrer dans toutes les intelligences et appartient dès-lors, à droit égal, à toutes les intelligences capables de la percevoir. Cet objet consiste dans le droit de fixer l'idée, de la reproduire d'une manière matérielle et visible, d'en rendre la communication permanente et profitable. Et c'est ici que se présente la question de savoir si ce droit est susceptible d'appropriation, s'il peut être le domaine privé d'un seul, ou s'il doit être laissé dans le domaine public pour être à la disposition et à l'usage de tous.

Or, quelle que soit la distance qui sépare l'esprit de la matière, il y a des assimilations si naturelles qu'on ne peut résister à leur influence. De même que celui qui, avec le travail de ses mains, a produit un objet matériel, en est propriétaire tant qu'il ne l'a pas aliéné, de même aussi celui dont l'intelligence a produit une idée est propriétaire de cette idée et de ses résultats, soit qu'ils consistent dans une œuvre littéraire ou artistique, soit qu'ils consistent dans une invention industrielle. Il en est propriétaire, en ce sens que, s'il ne peut empêcher personne de comprendre l'idée et d'en profiter intellectuellement, seul il peut la matérialiser, la

fixer, la reproduire par des moyens qui la mettent à la portée de tous. Il en a, si je puis parler ainsi, non-seulement le domaine direct et honorifique, mais aussi le domaine utile. La société profite du produit littéraire, artistique ou industriel qui augmente la somme de son bien-être et de ses jouissances physiques ou morales ; mais l'auteur et l'inventeur seuls ont le droit d'en retirer les profits industriels et commerciaux. Sans doute, de ce que d'après la nature particulière et multiple de l'objet sur lequel elle s'exerce, cette propriété n'est pas susceptible de se manifester par une possession et une détention réelles, il résulte que si la loi n'avait pas déclaré le droit des auteurs ou des inventeurs, et ne leur avait pas ouvert une action pour s'y maintenir ou pour le revendiquer, ce droit, qui n'en aurait pas moins existé en lui-même et en théorie, n'aurait pu se traduire dans la pratique par aucun moyen utile. Mais c'est là une condition qui lui est commune avec tous les droits qui ont pour objet une chose incorporelle. L'intervention du législateur est toujours nécessaire, non pour les créer, ou pour leur donner l'être et la vie, mais pour les mettre en mouvement et pour les organiser.

L'homme a donc sur les produits de son intelligence un droit de propriété aussi réel, aussi certain, que celui qu'il peut avoir sur le produit du travail de ses mains.

467. Cependant ce droit de propriété est vivement contesté. On a prétendu, surtout dans ces derniers temps, que la pensée et ses œuvres n'étaient pas susceptibles d'appropriation ; et tout en reconnaissant que l'auteur, l'artiste ou l'inventeur ne peuvent être privés de tout droit sur les produits de leur intelligence, on a assimilé un livre, une œuvre d'art, une invention, à une prestation de services envers la société, dont l'auteur devait être récompensé par la jouis-

sance temporaire d'un droit qu'on a appelé droit de copie, de reproduction ou d'exploitation (1).

Mais je ne puis voir dans ce système qu'une confusion entre la pensée, être abstrait, qui, bien évidemment, ne peut être susceptible d'appropriation tant qu'elle n'a pas été fixée et matérialisée en quelque sorte par un procédé de publication, et l'exploitation de la valeur vénale de cette pensée ainsi fixée et matérialisée. Il y a là deux choses complètement distinctes. Un livre est fait pour être lu; la musique pour être exécutée; un mécanisme pour être appliqué. L'auteur d'un livre, d'une symphonie, d'une invention mécanique, ne peut donc pas empêcher que le livre qu'il a fait imprimer, la musique qu'il a fait graver, l'invention qu'il a publiée, soient employés aux usages auxquels lui-même les a destinés, et sans lesquels son œuvre n'aurait aucune valeur vénale. Mais à qui appartient cette valeur vénale? Est-ce que ceux qui, en lisant le livre, en exécutant la musique, en se servant du mécanisme, perçoivent intellectuellement l'idée qu'ils renferment, s'approprient par cela même cette valeur vénale? Évidemment non; car il n'y a aucun rapport entre la faculté de comprendre et de percevoir une idée, et le droit de la reproduire pour profiter de sa valeur vénale. Cependant, si cette valeur vénale existe, ce qui n'est pas contestable, il faut bien qu'elle appartienne à quelqu'un; et puisque ceux qui perçoivent l'idée ne puisent aucun droit de propriété dans cette perception, il faut de toute nécessité reconnaître qu'elle appartient à l'auteur ou à l'inventeur qui peut seul dès-lors réaliser cette valeur par l'exploitation.

---

(1) Voy. le *Traité des droits d'auteurs* de M. Renouard, t. I, p. 453 et suiv.; et le *Traité des brevets d'invention* du même auteur, p. 17 et suiv. de la nouvelle édition.

Au lieu de ce droit de propriété, attribuer à l'auteur un droit de jouissance, de copie ou de reproduction, comme indemnité d'un service par lui rendu à la société, me paraît une idée plus spécieuse que juste. La société n'est tenue de récompenser que les services qu'on a voulu lui rendre; et s'il est vrai qu'elle profite des travaux des auteurs ou des inventeurs, il n'est pas également vrai que les auteurs et les inventeurs aient travaillé pour rendre service à la société. Ils cherchent sans doute à se rendre utiles; mais sans vouloir ici nier complètement le désintéressement des auteurs et des inventeurs, ni faire un dieu de l'intérêt personnel, il ne me semble pas douteux qu'ils cherchent d'abord l'intérêt de leur fortune ou de leur gloire. Je ne vois pas dès-lors comment la société serait tenue de payer uniformément un service qu'on n'a pas toujours voulu lui rendre, par la concession d'un droit qui, s'il n'était pas fondé sur la nature même des choses, ne serait plus qu'un monopole fondé sur l'arbitraire. Combien d'œuvres, d'ailleurs, dans les lettres, dans les sciences, dans les arts et dans l'industrie, dont la société aurait, si cela eût dépendu d'elle, refusé le présent comme lui étant plus nuisibles qu'utiles, et que, cependant, elle récompenserait aveuglément?

Il faut donc admettre en principe le droit des auteurs et des inventeurs à la propriété de leurs œuvres.

468. Mais si le droit de propriété des auteurs et des inventeurs sur les produits de leur intelligence existe naturellement, et si, considéré en lui-même, il ne diffère en rien du droit de propriété sur les autres choses susceptibles d'appropriation, il faut reconnaître cependant que les nécessités sociales peuvent en modifier l'exercice et le soumettre à des règles toutes particulières. En effet, dans un état de société tel que le nôtre, il est manifeste que l'auteur, l'artiste ou l'in-

venteur, quelque soit son génie, quelque originales que soient ses productions, ne les doit pas à lui seul. Il n'y a pas d'idée sans précédents et qui ne se rattache à une idée antérieure dont elle est la conséquence et le perfectionnement. Celui qui invente ou qui crée profite donc des travaux de ses devanciers qu'il ne fait que continuer, des idées déjà répandues dans la société, des moyens que des intelligences antérieures ont mis à ses dispositions, et de la masse de forces qui, réunies par les siècles passés et auxquelles chaque jour apporte son contingent, augmentent les forces individuelles. La société, ou plutôt la somme des connaissances acquises à la société, est donc de moitié dans toutes les inventions, dans toutes les productions nouvelles. D'un autre côté, c'est la société qui les rend utiles et profitables, qui leur donne une valeur vénale, puisque les œuvres des arts, de la littérature et de l'industrie, ne valent que par l'usage et la consommation qui en est faite, et que, si elles étaient stériles pour la société, elles seraient stériles pour les auteurs et les inventeurs eux-mêmes.

On comprend dès-lors que les droits des auteurs et des inventeurs à la propriété de leurs œuvres ne peut être aussi absolu que la propriété des autres choses susceptibles d'appropriation, puisque la société, qui prête son concours à toute œuvre et à toute création nouvelle, en est en quelque sorte co-propriétaire. L'intervention de la loi est donc nécessaire pour régler l'usage de cette propriété indivise et en faire un partage équitable entre l'auteur et la société. Et le seul moyen de faire ce partage est d'accorder à l'auteur ou à ses représentants une jouissance temporaire exclusive, après laquelle l'œuvre ou l'invention tombe dans le domaine public. La durée de cette jouissance peut varier selon les temps, selon les lieux, et selon la nature du produit auquel elle s'applique; la

controverse peut s'établir sur la convenance qu'il peut y avoir à l'étendre ou à la restreindre; mais le fondement même de cette limitation d'un droit qu'on ne peut considérer abstractivement des droits antérieurs et contemporains sur lesquels il s'implante, me semble en dehors de toute contestation possible.

Tel est aussi le principe sur lequel repose notre législation : soit qu'elle régisse la propriété littéraire ou artistique, soit qu'elle régisse la propriété industrielle, c'est une propriété temporaire qu'elle garantit aux auteurs et aux inventeurs.

469. Il faut remarquer, du reste, que cette limitation du droit de propriété ne peut s'appliquer à toute espèce de propriété industrielle, mais seulement à ce qui est considéré comme création, invention ou produit; elle ne s'applique pas aux signes distinctifs des produits. C'est pourquoi la marque qu'un fabricant appose sur ses produits, pour les distinguer des autres produits de même nature, constitue une propriété nécessairement perpétuelle, comme le nom même du fabricant et comme sa signature. Cette observation trouvera plus tard son application (1).

SECTION II. — CONDITIONS LÉGALES ET DURÉE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE, ARTISTIQUE OU INDUSTRIELLE.

SOMMAIRE. — 470. Objets de ces différentes sortes de propriété. — 471. Conditions de l'exercice et durée de la propriété littéraire et artistique. Écrits, musique, dessin, peinture, gravure, sculpture. Ouvrages posthumes. — 472. Propriété des nouvelles découvertes ou des inventions industrielles. Brevets d'invention. — 473. Propriété des marques et des noms. — 474. Dessins de farbique et sculpture industrielle.

470. La propriété littéraire a pour objet les écrits, les

---

(1) Voy. *inf.*, n. 473.

livres imprimés et les pièces de théâtre ; la propriété artistique, qui est soumise à peu près aux mêmes règles, s'applique aux compositions musicales, aux arts du dessin, tels que la peinture, la sculpture, la gravure et l'architecture. Quant à la propriété industrielle, elle embrasse celle des inventions et découvertes dans tous les genres d'industrie, des dessins connus sous le nom de dessins de fabrique, enfin des marques, noms, enseignes ou signes distinctifs adoptés par les marchands ou fabricants.

L'exercice de ces diverses sortes de propriété n'est pas soumis à des règles uniformes, soit quant à ses conditions, soit quant à sa durée ; en certains cas son établissement est même affranchi de toutes conditions préalables, dans d'autres la durée est illimitée; mais le droit commun en cette matière, et alors surtout qu'il s'agit des objets de propriété les plus importants, exige des conditions préalables d'exercice et borne la durée de la jouissance.

471. Nous allons passer en revue les divers objets de propriété intellectuelle, et indiquer les règles qui leur sont propres.

Les auteurs d'écrits en tous genres, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui font graver des tableaux ou dessins, jouissent durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages, et d'en céder la propriété en tout ou en partie (1).

S'il s'agit d'un écrit ou d'une pièce de théâtre, la propriété peut en être transmise à la veuve de l'auteur pour en jouir pendant sa vie si les conventions matrimoniales de celles-ci lui en donnent le droit (2). Après eux leurs enfants en jouis-

(1) Loi du 19 juillet 1793, art. 1.
(2) Voy. *sup.*, n. 324 et suiv.

sent pendant vingt ans; et, ce terme expiré, l'ouvrage tombe dans le domaine public (1): s'ils laissent pour héritiers, non des enfants, mais des ascendants ou des collatéraux, la jouissance est réduite à dix années (2).

S'il s'agit d'une composition musicale ou des produits des arts du dessin, la veuve n'y a aucun droit, et les héritiers quels qu'ils soient, n'en ont la propriété que pendant dix années à partir du décès de l'auteur (3).

Quant aux cessionnaires des droits de l'auteur ou de ses héritiers, il en jouit pendant tout le temps concédé à l'auteur, à la veuve ou aux héritiers, à moins que l'acte de cession n'ait fixé un terme plus court à la jouissance (4).

Les propriétaires par succession ou à tout autre titre d'un ouvrage posthume ont les mêmes droits que l'auteur, à la charge toutefois de ne pas joindre l'ouvrage posthume à une nouvelle édition d'écrits tombés dans le domaine public; car autrement, et au moyen de cette adjonction, l'éditeur d'une œuvre posthume ferait rentrer dans le domaine privé des ouvrages qui en sont déjà sortis (5). Il suit de là que si un ouvrage posthume était joint par celui qui en est propriétaire à des œuvres sur lesquelles les héritiers ou cessionnaires de l'auteur auraient encore un droit privatif, ceux-ci acquéreraient sur l'ouvrage posthume le même droit que sur les œuvres dont ils sont déjà propriétaires.

L'exercice de la propriété littéraire ou artistique est soumis à l'accomplissement d'une formalité préalable qui consiste dans le dépôt d'un certain nombre d'exemplaires de

---

(1) Décret du 5 février 1810, art. 39; loi du 5 août 1844.
(2) Loi du 19 juillet 1793, art. 2.
(3) *Ibid.*, art. 2 et 7.
(4) *Ibid.*, décret du 5 février 1810, art. 40.
(5) Décret du 1er germ. an XIII.

l'ouvrage entre les mains d'une autorité à ce préposée. Il y a eu beaucoup de variations à cet égard dans la législation, soit quant au lieu du dépôt, soit quant au nombre des exemplaires qui doivent être déposés. Aujourd'hui les exemplaires, au nombre de deux, s'il s'agit d'un ouvrage imprimé, et de trois, s'il s'agit de gravures, doivent être déposés, à Paris, à la direction de la librairie, au ministère de l'intérieur; dans les départements, aux secrétariats des préfectures (1). Bien que les diverses dispositions législatives qui règlent cette matière ne parlent pas en termes exprès des compositions musicales, on doit cependant les considérer soit comme impressions, soit comme gravures, et leur appliquer dès-lors la nécessité du dépôt.

Mais le dépôt n'est pas requis pour les ouvrages de peinture et de sculpture. On ne peut avoir plusieurs exemplaires d'un tableau; et s'il est possible de tirer par le moulage des copie d'une sculpture, on comprend que la forme et la dimension des produits sculptés résiste à un dépôt qui deviendrait aussi difficile et aussi embarrassant quand il s'agit de statues, qu'il est facile et commode lorsqu'il s'agit de livres ou de gravures (2).

Au surplus il faut avoir bien soin de remarquer que ce dépôt pour lequel aucun délai fatal n'est déterminé, n'établit point le droit de propriété du déposant. C'est tout au plus une présomption qui peut être combattue par toute preuve contraire, faite par celui qui éleverait des prétentions contraires à la même propriété. Ce dépôt n'est pas non plus constitutif du droit de l'auteur; mais dans tous les

---

(1) Loi du 21 octobre 1814; ordonnance du 9 janvier 1828.

(2) Cass., 17 novembre 1814 (Dev. et Car., 4, 1, 650; Dall., 11, 473).

cas où il est nécessaire, il est la condition de l'exercice du droit privatif, en ce sens que tant que celui qui se prétend auteur n'a pas fait le dépôt, il n'a aucune action en justice contre ceux qui entreprennent sur sa propriété (1).

472. Passons maintenant à la propriété industrielle; et d'abord occupons-nous de celle qui a pour objet une découverte ou une invention nouvelle.

Toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie, confère à son auteur le droit de l'exploiter à son profit, à la charge par lui d'en demander l'autorisation au gouvernement, qui le lui accorde, au moyen d'un brevet d'invention (2). On considère comme inventions ou découvertes nouvelles, l'invention de nouveaux produits industriels, et l'invention de nouveaux moyens, ou l'application nouvelle de moyens déjà connus pour l'obtention d'un résultat ou d'un produit industriel (3), de telle sorte que l'idée seule, abstraction faite de son application industrielle, n'est pas brevetable.

La demande des brevets doit être formée de la manière indiquée par les articles 5 et suivants de la loi du 5 juillet 1844; et, lorsqu'elle est régulière, le brevet est délivré au demandeur, sans examen préalable, à ses risques et périls, et sans garantie soit de la réalité, de la nouveauté ou du mérite de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description qui a dû être jointe à la demande (4). Il n'y a lieu au rejet de la demande régulièrement formée que lorsqu'elle a pour objet une composition pharmaceutique ou des remèdes,

---

(1) Loi du 19 juillet 1793, art. 6. — Voy. *inf.*, n. 473 et suiv.
(2) Loi du 5 juillet 1844, art. 1.
(3) *Ibid.*, art. 2.
(4) Loi du 5 juillet 1844, art. 9 et suiv.

ou encore des plans et combinaisons de crédit ou de finance, inventions qui ne sont pas susceptibles d'être brevetées (1).

Le brevet est accordé pour cinq, dix ou quinze années au choix du demandeur, et donne lieu au payement d'une taxe payable par annuités de cent francs, et qui est de cinq cents francs pour les brevets de cinq ans, de mille francs pour les brevets de dix ans, et de quinze cents francs pour les brevets de quinze ans (2). La durée des brevets ne peut être prolongée que par une loi (3).

L'inventeur ou ses ayants-cause peuvent, pendant toute la durée du brevet, se réserver le droit exclusif d'exploiter les changements, perfectionnements ou additions qu'ils auraient apportés à l'invention principale, à la charge d'obtenir un certificat d'addition qui doit être demandé dans la même forme que le brevet (4).

Nul autre que le breveté ne peut obtenir un brevet pour les changements, perfectionnements ou additions à l'invention quifait l'objet d'un brevet primitif, dans l'année qui suit l'obtention de ce brevet.

Les étrangers sont comme les Français admis à obtenir des brevets d'invention en France. Un brevet peut même être accordé en France pour une invention déjà brevetée à l'étranger, mais ce brevet ne peut être accordé qu'à l'auteur seul, et pour un temps qui ne doit pas excéder la durée du brevet antérieurement pris à l'étranger (5) Ainsi se trouvent supprimés les brevets d'importation, qui, avant la loi du 5 juillet

---

(1) *Ibid.*, art. 5.
(2) *Ibid.*, art. 4 et 6.
(3) *Ibid.*, art. 15.
(4) *Ibid.*, art. 16 et suiv.
(5) *Ibid.*, art. 26 et suiv.

1844, étaient accordés à tous ceux qui importaient en France une invention déjà brevetée à l'étranger (1).

Les brevets d'invention étant accordés sans examen ni garantie, courent nécessairement le risque d'avoir souvent pour objet, soit une chose qui n'est pas brevetable, soit une chose qui n'est plus brevetable. Aussi la loi autorise-t-elle tous ceux qui y ont intérêt à demander la nullité du brevet ou la déchéance du breveté (2).

Il y a lieu de prononcer la nullité du brevet, si la découverte, l'invention ou l'application n'est pas nouvelle, c'est-à-dire si, antérieurement au dépôt de la demande, elle a reçu, en France ou à l'étranger, une publicité suffisante pour pouvoir être exécutée ; si le brevet a pour objet une préparation pharmaceutique, ou des plans ou projets de banque et de finance; s'il porte sur des principes, méthodes, systèmes, découvertes et compositions théoriques ou purement scientifiques, dont on n'a pas indiqué les applications industrielles ; si l'objet du brevet est contraire aux lois, aux bonnes mœurs, à l'ordre et à la sûreté publique; si le titre pour lequel le brevet a été demandé indique frauduleusement un objet autre que le véritable objet de l'invention ; si la découverte jointe au brevet n'est pas suffisante pour l'exécution de l'invention, où si elle n'indique pas d'une manière complète et loyale, les véritables moyens de l'inventeur (3).

Il y a lieu de prononcer la déchéance du breveté, s'il n'a pas acquitté l'annuité de la taxe avant le commencement de chacune des années de la durée de son brevet ; s'il n'a pas mis sa découverte en exploitation en France, dans le délai

---

(1) Voy. t. II, n. 33.
(2) Loi du 5 juillet 1844, art. 34 et suiv.
(3) *Ibid.*, art. 30 et 31.

de deux ans à dater du jour de la signature du brevet, ou s'il a cessé de l'exploiter pendant deux années consécutives, à moins que, dans l'un ou l'autre cas, il ne justifie des causes de son inaction ; enfin s'il a introduit en France des objets fabriqués en pays étranger et semblables à ceux qui sont garantis par son brevet ([1]).

473. Il nous reste maintenant à exposer les règles relatives aux autres objets de la propriété industrielle.

Tout manufacturier ou fabricant a le droit d'appliquer sur les objets de sa fabrication une marque qui distingue ses produits de ceux des autres fabricants de la même industrie ([2]). Celui qui veut réserver à ses produits une marque distinctive, doit préalablement la faire connaître d'une manière légale par le dépôt d'un modèle au greffe du tribunal de commerce d'où relève le chef-lieu de la manufacture ou de l'atelier ([3]), ou s'il n'y a pas de tribunal de commerce, au greffe du tribunal civil qui en remplit les fonctions. Si la manufacture ou l'atelier se trouve dans le ressort d'un conseil de prud'hommes, le dépôt de la marque doit être également fait au secrétariat de ce conseil ([4]).

Le dépôt est fait aux risques et périls du fabricant, sans qu'il soit nécessaire que le tribunal de commerce ou le conseil des prud'hommes vérifie la suffisance ou la nouveauté de la marque. Il est donné acte du dépôt, sans examen et sans garantie, de même que les brevets d'invention sont accordés par le gouvernement, sans vérification préalable du mérite ou de la nouveauté de l'invention ([5]).

([1]) *Ibid.*, art. 32.
([2]) Loi du 12 germ. an 16.
([3]) *Ibid.*, art. 18.
([4]) Décret du 12 juin 1809, art. 7 ; avis du conseil d'État des 7-20 fév. 1810.
([5]) Décret du 11 juin 1809, art. 7.

Il est à remarquer que le dépôt d'une marque n'est exigé que lorsqu'il s'agit d'une marque proprement dite, c'est-à-dire *emblématique*, et non lorsque la marque consiste uniquement dans le nom du fabricant ou dans sa raison de commerce. Personne n'a besoin de manifester l'intention de conserver la propriété de son nom.

La propriété d'une marque, soit qu'elle consiste dans un emblême, soit qu'elle consiste dans un nom ou une raison sociale, a une durée illimitée comme l'objet même auquel elle s'applique. Si le produit est dans le domaine public, chacun peut le fabriquer, mais chacun ne peut y apposer que sa signature; or la marque n'est pas autre chose que la signature d'une fabrique.

474. Il y a des dessins que, pour les distinguer des dessins artistiques et qui se rapportent aux beaux-arts, on appelle *dessins de fabrique*. Ces dessins sont destinés à être imprimés soit sur des tissus, soit sur des papiers de tenture. Le fabricant qui veut se réserver la propriété des dessins de fabrique qu'il a fait ou fait faire, est tenu d'en déposer un échantillon au secrétariat du conseil des prud'hommes, et s'il n'y a pas de prud'hommes, au greffe du tribunal de commerce, et de déclarer en même temps s'il entend s'en réserver la propriété temporaire ou perpétuelle ([1]). Cette propriété perpétuelle, que la loi permet au fabricant de se réserver quand il s'agit de dessin de fabrique, contraste en théorie avec les limites rationnelles qui bornent la durée de la propriété artistique et de la propriété industrielle des inventeurs. On a donc quelque peine à s'expliquer cette dérogation. Néanmoins, cette contradiction disparaît dans la pra-

---

([1]) Decret du 18 mars 1806, art. 13 et suiv. Loi, ord. du 17 août 1823, art. 1 et 2.

tique, si l'on remarque que les dessins de fabrique étant un objet de mode, leur durée se trouve naturellement limitée par le goût passager du public.

Quant à la sculpture industrielle, elle n'est pas soumise à plus de formalités que la sculpture artistique : aucun dépôt n'est donc exigé pour en conserver la propriété ([1]), dont la durée, en l'absence de dispositions particulières, est régie par les mêmes principes que celle de la sculpture artistique ([2]).

SECTION III. — DE LA CONTREFAÇON.

SOMMAIRE. — 475. Ce que c'est que la contrefaçon. — 476. Contrefaçon en matière de propriété littéraire ou artistique. — 477... En matière de brevets d'invention. — 478... En matière de marques ou de noms. — 479... De dessins de fabrique et de sculpture industrielle.

475. Le droit privatif qui constitue la propriété littéraire, artistique ou industrielle, implique le droit de repousser les atteintes qui seraient portées à la jouissance exclusive du propriétaire, soit par une imitation frauduleuse plus ou moins parfaite du produit dont il a l'exploitation exclusive, soit par l'emploi des moyens dont seul il peut se servir. Cette atteinte constitue le délit de contrefaçon.

476. En matière de propriété littéraire ou artistique, la contrefaçon consiste principalement dans la reproduction frauduleuse, totale ou partielle, d'écrits, de compositions musicales, de dessins, de peintures, de sculptures, ou de toute autre production gravée ou imprimée, au préjudice des auteurs et de leurs cessionnaires. Et ici, il ne faut pas con-

---

(1) Voy. *sup.*, n. 471.
(2) Voy. *sup.*, *ibid.*

fondre la contrefaçon, délit punissable, avec une imitation plus ou moins répréhensible sous le point de vue purement artistique. Tous les plagiaires ne sont pas contrefacteurs. La contrefaçon n'existe même, dans les arts, que lorsqu'un sujet est reproduit par un procédé semblable ou analogue. Ainsi le sujet d'un tableau reproduit par le moyen de la sculpture, ou le sujet d'une sculpture reproduit au moyen de la peinture, de la gravure ou du dessin, ne constituerait pas une contrefaçon, parce que, bien qu'au fond l'idée soit la même, elle se trouve modifiée dans ses résultats par la différence qui existe entre les moyens d'exécution ([1]).

Si l'auteur contrefait veut se contenter d'une simple réparation civile et de dommages-intérêts, il doit s'adresser aux tribunaux civils; s'il veut faire appliquer une peine, il doit porter plainte devant les tribunaux correctionnels qui peuvent condamner le contrefacteur à une amende de cent francs au moins et de deux mille francs au plus; et celui qui a débité l'ouvrage contrefait, à une amende de vingt-cinq francs au moins et de cinq cents francs au plus. La confiscation de l'édition contrefaite, ou des moules, planches et matrices des objets contrefaits, doit être ordonnée ([2]).

Nous avons vu, dans la partie de cet ouvrage destinée à l'exposition des principes relatifs au droit international privé ([3]), que la propriété littéraire n'existe pas pour les ouvrages publiés en pays étranger, ou du moins sous quelles conditions elle existe. Il n'y a d'exception à cet égard que pour les ouvrages publiés dans les pays avec lesquels des conventions diplomatiques établissent une réciprocité de

---

([1]) Paris, 5 décembre 1831 (Dev., 32, 2, 278; Dall., 32, 2, 31).
([2]) C. pén., 427.
([3]) V. t. II, n. 31 et suiv.

droits et d'obligations. Une convention récemment conclue, le 28 août 1843, établit cette réciprocité entre la France et la Sardaigne (1).

477. En matière de brevets d'invention, la contrefaçon, qui consiste dans toute atteinte portée aux droits du breveté, soit par la fabrication de produits, soit par l'emploi de moyens faisant l'objet du brevet, est punie d'une amende de cent à deux mille francs, et, en cas de récidive, d'un emprisonnement d'un mois à six mois, qui peut être également prononcé, dans tous les cas, si le contrefacteur est un ouvrier ou un employé du breveté, ou s'il a un ouvrier ou employé pour complice. Les mêmes peines sont applicables à ceux qui ont sciemment recélé, vendu ou exposé en vente, ou introduit sur le territoire français un ou plusieurs objets contrefaits (2).

L'action correctionnelle, pour l'application de ces peines, ne peut être exercée par le ministère public que sur la plainte de la partie lésée qui, au lieu de prendre cette voie, peut se borner à citer le contrefacteur à fins civiles pour obtenir des dommages-intérêts (3).

La confiscation des objets contrefaits, et, le cas échéant, celle des instruments ou ustensiles destinés spécialement à leur fabrication, doit, même en cas d'acquittement, être prononcée contre le contrefacteur, le recéleur, l'introducteur ou le débitant (4).

478. En matière de marques, tout propriétaire d'une marque contrefaite peut requérir les officiers ministériels ou

---

(1) Dev. et Car., 43, 2, 559.
(2) Loi du 5 juillet 1844, art. 40 et suiv.
(3) *Ibid.*, art. 43 et 48.
(4) *Ibid.*, art. 49.

de police pour faire saisir les fausses marques ([1]), et, en portant plainte contre le contrefacteur, le faire traduire comme faussaire devant la Cour d'assises qui lui applique la peine de la réclusion, et, en outre, des dommages-intérêts ([2]); ou, en se bornant à une action civile en dommages-intérêts, le citer devant le tribunal de commerce, qui prononce après avoir entendu l'avis du conseil de prud'hommes ([3]).

Si la contrefaçon a lieu par usurpation, imitation ou altération du nom d'un fabricant ou de sa raison sociale, ou même du nom du lieu de fabrication, la partie lésée peut recourir, soit à une action correctionnelle, et faire condamner le contrefacteur et ses complices à un emprisonnement de trois mois au moins et d'un an au plus, et à une amende qui ne peut excéder le quart des restitutions et dommages-intérêts, ni être au-dessous de cinquante francs ([4]); soit à une action civile qui est portée directement au tribunal de commerce, sans qu'il soit besoin, comme dans le cas qui précède, de l'avis préalable du conseil de prud'hommes ([5]).

479. La contrefaçon des dessins de fabrique, comme la contrefaçon des marques et des noms, ouvre deux voies au poursuivant qui veut arriver à la répression du délit : la voie civile et la voie criminelle. Par la voie civile, l'action est portée devant le tribunal de commerce, qui accorde des dommages-intérêts; par la voie criminelle, l'action est portée devant les tribunaux correctionnels, qui prononcent contre

---

([1]) Décret du 5 septembre 1810, art. 8.

([2]) Loi du 21 germ. an XI, art., 16; code pénal, art. 143.

([3]) Décret du 11 juin 1809, art. 6.

([4]) Loi du 28 juillet 1824, art. 1 et 2; code pén., 423.

([5]) Sur la contrefaçon des marques étrangères, voy. t. II, n. 35. Voy. aussi une dissertation insérée dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXI, p. 285.

les contrefacteurs ou leurs complices une amende de cent francs au moins et de deux mille francs au plus, et la confiscation des dessins contrefaits, ainsi que des planches ou matrices qui ont servi à la contrefaçon (1).

Il en est de même si la contrefaçon s'est exercée sur des objets de sculpture industrielle.

Je me suis borné, comme on le voit, à de simples indications. Mais elles peuvent suffire pour mettre le lecteur en garde contre les difficultés et lui faciliter les moyens d'en trouver la solution (2).

---

(1) C. pén., 425 et 429.

(2) On peut consulter sur ces matières, notre *Dictionnaire du contentieux commercial*, aux mots *Brevets d'invention*, *Contrefaçon* et *Propriété littéraire*.

FIN DU TOME III.

MAG 200540

TABLE ANALYTIQUE.

(*Le chiffre indique le numéro.*)

—

A

ACTES DE COMMERCE. Quand les actes des commerçants sont-ils actes de commerce? 17.—*Quid*, des actes des comptables? 18.— Achat par un commerçant des fournitures nécessaires à sa famille, 19. — Achat des outils par un artisan; achat des accessoires de l'industrie commerciale ou manufacturière, 20.— Actes et dépenses qui ont pour objet des immeubles; décorations des boutiques et magasins, 21. Voy. *Fonds de commerce.* — Les actes de commerce faits par ceux qui remplissent des fonctions ou ont une qualité incompatible avec le commerce ne sont pas nuls, 32. — Voyez *Commerce* et *Marchandise.* —

ACTIONS SOCIALES. Sont meubles, 429. Voy. *Communauté.*

AGE. Voy. *Mineur.*

AGENT DE CHANGE. Les agents de change sont-ils commerçants? 11. — Ils ne peuvent faire le commerce, 31.

AMEUBLISSEMENT. Ce que c'est, 358.

ARBITRE. Voy. *Femme, Héritier.*

ARBITRES FORCÉS. Voy. *Mineur, Héritier.*

ARTISAN. Voy. *Mineur.*

ASSURANCES. Voy. *Mineur.*

AVOCATS. Ne peuvent faire le commerce, 29.

B

BANQUEROUTES. Distinction entre la banqueroute et la faillite, 288. — Diverses espèces de banqueroutes, 289. — Banqueroute simple, 290. — Juge de la banqueroute simple, 291. — Peines, 291. Banqueroute frauduleuse; juges; peines, 292. — On peut poursuivre la banqueroute sans déclaration préalable de la faillite, 215 et 293. — Administration de la faillite en cas de banqueroute, 294. Voy. *Faillite.* — Complicité des époux, 378.

BANQUIER. Est commerçant, 13.

BATEAUX. Quand ils sont meubles ou immeubles, 427.

BATIMENTS. Sont immeubles, 420. — Peuvent, en certain cas, être considérés comme meubles, 422.

BÉNÉFICES D'INVENTAIRE. Ce que c'est; ses effets, 416.

BIENS. Ce que c'est; différentes espèces de biens, 419. Voy. *Meubles* et *Immeubles.*

BILLET A ORDRE. Voyer *Mineur, Femme.*

BOUCHERS. Les bouchers sont-ils commerçants? 10

BOULANGERS. Les boulangers sont-ils commerçants ? 10.

BREVET D'INVENTION. Leur obtention. Règles qui leur sont propres, 472. Voy. *Contrefaçon.*—

Les droits résultant d'un brevet d'invention sont meubles, 431. Voyez *Mineur*, *Mort civile*, *Femme*, *Communauté*.

C

CARRIÈRES. Voy. *Communauté*.

CHEMIN DE FER. Le matériel d'un chemin de fer est-il meuble ou immeuble, 426. — L'exploitation d'un chemin de fer est-il un acte commercial? 435. Voy. *Marchandise*.

CLAUSE DE FRANC ET QUITTE. Ce que c'est, 361. — Reprise de l'apport malgré renonciation, 362.

COMMANDITAIRE. L'associé commanditaire qui fait acte de gestion peut-il être déclaré en état de faillite? 219.

COMMERÇANT. Qui peut être commerçant, 24 et suiv. Voy. *Mineur*, *Femme mariée*, *Interdit*, *Mort civil*, *Failli*, *Noble*, *Prêtre*, *Magistrats*, *Avoués*, *Fonctionnaires*, *Consuls*, *Agents de change*, *Courtiers*. — Qui est commerçant, 3. — Pouvoir discrétionnaire des tribunaux en cette matière, 4. — Faits caractéristiques de la profession commerciale, 5. — Qualification commerciale, prise ou acceptée. Distinctions, 6. — *Quid*, de celui qui fait le commerce pour le compte d'un tiers? 7. — *Quid*, du tiers pour le compte duquel le commerce est fait? 8. Voyez *Poudre*, *Tabac*, *Bouchers*, *Boulangers*, *Agents de change*, *Courtiers*, *Comptable*, *Banquier*. — *Quid*, de ceux qui ont pour habitude de prêter de l'argent? 14. — Qui font un commerce illicite. 15. Voy. *Actes de commerce*.

COMMERCE. Nature des opérations commerciales, 418. — Quelles choses font l'objet d'un commerce proprement dit, 432 et suiv. — Des choses qui sont dans le commerce, 448.

COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX. Est le droit commun du mariage, 318. — Ce que c'est que la communauté, 319. — Quels biens entrent en communauté, 320. — Actif de la communauté, mobilier, produits industriels, 321. — Marchandises, fonds de commerce, 322. — Offices vénaux, 323. — Propriété littéraire, 324. — Produits des droits d'auteur, 325. — Droits d'auteurs en eux-mêmes, 326. — Droits de la veuve d'un auteur, 327. — Droits du mari, 328. — Brevets d'invention, 329. — Cession des droits d'auteur ou d'inventeur, 330. — Actions sociales, 331. — Navires, 332. — Produits des usines et manufactures, 333. — Des mines et carrières, 334. — Choses mobilières distraites d'un immeuble, 335. — Acquêts immobiliers, 336. — Passif de la communauté, 337. — Dettes de la communauté, 338. — Administration de la communauté, 339. — Le mari peut exercer les actions de la femme, 340. — Administration du commerce de la femme; actions qui y sont relatives, 341. — Dissolution de la communauté, séparation de biens, 342. — Liquidation de la communauté, créances, reprises, 343. — Hypothèque légale, 344 et 345. — Mode d'exercices des reprises, 346. — Partage, licitation, 347. — Licitation d'un fonds de commerce, 348. — Payement des dettes, 349. — Dettes résultant d'un compte courant, 350. — Comment la femme est tenue des dettes de la communauté, 351. — Renonciation à la communauté, 352. — Ses effets, 353. — Sa forme, 354. — De la communauté réduite aux acquets, 356. V. *Réhabilitation*, *Ameublissement*,

Séparation de dettes, Clause de franc et quitte. — De la communauté universelle, 359. — Préciput conventionnel, 363.— Partage inégal, 364. Voy. *Séparation de biens, Régime dotal.* — Publication du rétablissement de la communauté après séparation de biens, 71.

COMPENSATION. Voy. *Faillite.*

COMPROMIS. Voy. *Mineur*, *Mort civile, Femme*, *Héritier.*

COMPTABLES. Les comptables des deniers publics sont-ils commerçants ? 12.

COMPTE-COURANT. Voy. *Communauté*, *Faillite.*

CONCORDAT. Ses effets sur la capacité du failli, 283. Voy. *Hypothèque légale*, *Mineur.*

CONJOINTS. Droits et obligations des conjoints des commerçants, 313 et suiv. Voy. *Communauté*, *Régime dotal*, *Séparation de biens, Conventions matrimoniales.*

CONSEIL JUDICIAIRE. Ce que c'est, 130.— Capacité de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, 131. — Peut-il faire le commerce, 132.

CONSULS. Peuvent-ils faire le commerce ? 30.

CONTRAINTE PAR CORPS. Contre les mineurs commerçants, 100. — Contre les femmes marchandes, 182.— Contre leurs maris, 186. Voy. *Héritier, Failli.*

CONTRAT DE MARIAGE. Publicité des contrats de mariage des commerçants, 62 et suiv.— Qui doit faire publier le contrat de mariage, 66.— Conséquences du défaut de publications, 67.— Où doit être faite la publication, 68.

CONTRAT D'UNION. Voy. *Union* (*contrat d'*).

CONTREFAÇON. Ce que c'est, 475. — En matière de propriété littéraire ou artistique, 476.—.., de brevets d'invention, 477.— ... de marques et de noms, 478. —... de dessins de fabrique et de sculpture industrielle, 479.

CONVENTIONS MATRIMONIALES. — Divers régimes matrimoniaux, 314.— Liberté des conventions matrimoniales, 415.— Elles ne peuvent recevoir aucun changement pendant le mariage, 316. — Les époux peuvent-ils, pendant le mariage, contracter une société civile ou commerciales, 317. Voy. *Communauté*, *Régime dotal, Séparation de biens.*

COURTIERS. Les courtiers sont-ils commerçants ? 11.— Ils ne peuvent faire le commerce, 31.

D

DÉCÈS. Voy. *Faillite.*

DENIZATION. Le Français qui obtient en Angleterre des lettres de denization perd-il la qualité de Français ? 43.

DENRÉES. Voy. *Marchandises.*

DESSINS DE FABRIQUE. Leur propriété, 474. Voy. *Contrefaçon.*

DOMICILE. Ce que c'est, 52.— Domicile réel, 53.— Peut-on avoir plusieurs domiciles ? 34.—Voy. *Société.*— Changement de domicile, 57.— Domicile élu, 58. — Effets de l'élection de domicile, 59.— Election de domicile par suite de l'indication d'un lieu pour le payement, 60. — Domicile du mineur et de la femme mariée, 61.

E

EMANCIPATION. Ce que c'est, 79. Voy. *Mineur.*

ETRANGER. — Peut faire le commerce, 35.

EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE. A-t-elle lieu en fait de meubles? 450. Voy. *Jet à la mer, Victuailles.*

F

FAILLITE. Ce que c'est, 197. — La faillite est un fait exclusivement commercial, 198. — Diverses espèces de faillite, 199. Voy. *Banqueroute.* — La faillite n'est pas l'insolvabilité, 200. — Caractères de la faillite; cessation de payements, 201. — Suspension de payements, 203. — Généralité de la cessation de payements, 203. — Celui qui n'a qu'un créancier peut-il être déclaré en état de faillite, 204. — Cessation de payements des dettes civiles, 205. — Des créances commerciales, 206. — Les créanciers civils peuvent provoquer la déclaration de faillite, 207. — La cessation de payements peut provenir d'une cause non commerciale, 208. — Déclaration de faillite, jugement déclaratif, 209. — Fixation de la date de la cessation de payements, 210. — Voies de recours contre les jugements déclaratifs, 211. — Délais de recours, 212. — Appel, 213. — L'état de faillite peut-il exister sans jugement déclaratif, 214. — La faillite peut-elle être déclarée incidemment par les tribunaux civils? 215. — Tribunal compétent pour déclarer la faillite, 216. — Faillite des sociétés, 217. — La faillite de la société entraîne-t-elle celle des associés? 218. Voy. *Commanditaires.* — La faillite d'un associé n'entraîne pas celle de la société, 220. — Lorsqu'un individu est membre de deux sociétés, la faillite d'une société n'entraîne pas celle de l'autre, 221. — Un commerçant peut être déclaré en faillite après son décès, 222. — Effets de la faillite relativement à la capacité du failli, 223. — Nature de l'incapacité qui en résulte, 224. — Dessaisissement du failli, 226, — Il a lieu de plein droit, 227. — Les juges ne peuvent en dispenser le failli, 228. — Le dessaisissement n'est pas l'expropriation, 229. — Effets du dessaisissement relativement aux droits civils et politiques, 230. — A quels biens s'applique le dessaisissement, 231. — Biens insaisissables, 232. — Biens présents et à venir, 233. — Le failli peut-il répudier une succession ou un legs? 234. — Biens personnels; biens dont le failli n'a que l'administration, 235. Le dessaisissement n'est pas l'interdiction, 237. — Il n'a pas d'effet rétroactif, 236. — Les créanciers seuls peuvent s'en prévaloir, 238. — Les actes faits par le failli sont nuls même à l'égard de tiers de bonne foi, exemples tirés de la vente, du compte-courant, 239. — Effets de la nullité des actes relativement aux créanciers qui en ont profité, 240. — Nullité des actes faits par le mandataire du failli, 241. — La faillite met fin au mandat, 242. — Le failli peut faire le commerce, 243. — Droits des créanciers du failli sur les biens qu'il a acquis dans son commerce depuis sa faillite, 244. — Le failli est privé de ses actions actives et passives, 245. — Mais non des actions relatives à des droits attachés à sa personne, 246. — Il peut intervenir, 247. — Faire des actes conservatoires, 248. — Apposition des scellés, 249. — Incarcération, 250. — Sauf-conduit; droits des créanciers dont le débiteur a obtenu un sauf conduit, 251. — Cessation de l'incarcération, 252. — Privation de l'exercice des droits politiques,

255, 254. — De l'exercice des droits civils, 253. Voy. *Héritier.* — Incapacités diverses, 257. — Effets de la faillite par les actes antérieurs, 259. — Historique de la législation, 260 et suiv. — Système de la loi nouvelle, 264. — Nullité des dispositions à titre gratuit, 265. — *Quid?* des dispositions à titre onéreux, 266. — Des privilèges et hypothèques, 267. — Inscription des privilèges et hypothèques, 268. — Payements, 269. — ...D'une facture non échue, 270. — Par compensation, 271. — Comment peut avoir lieu le payement, 272. — Validité de tous autres actes, 273. — Sauf ceux faits en fraude, 274. — Fraude résultant de la connaissance de la cessation de payements, 275. — Payements des lettres de change ou des billets à ordre. 276. Voy. *Juge-commissaire*, *Syndics*, *Concordat*, *Contrat d'union*, *Réhabilitation*, *Banqueroute.* — La faillite de l'un des époux n'entraîne pas celle de l'autre; faillite de la femme, 376. — Du mari, 377. — Effets de la faillite du mari sur les droits de la femme, 379. Voy. *Femmes*, *Hypothèque légale.*

Femmes. Triple position des femmes, mineures, majeures et mariées, 160. — Nullité des actes faits sans autorisation par une femme mariée, 161. — De la femme marchande publique, 162. — Autorisation nécessaire à la femme pour être marchande publique, 163. — Forme de cette autorisation, 164. — Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour juger si la femme est autorisée à faire le commerce, 165. — Présomption d'autorisation, 166. — La femme n'est réputée marchande publique que lorsqu'elle fait un commerce séparé de celui de son mari, 168. — La femme peut-elle être autorisée par justice à faire le commerce? 169 et 170. — Le mari peut retirer l'autorisation donnée à la femme, 171. — Formes de cette révocation, 172. — Ses effets, 173. — Capacité de la femme autorisée à faire le commerce, 174. — Etendue de l'autorisation, 175. — La femme marchande peut-elle engager, hypothéquer ou aliéner ses immeubles, 176. — Elle ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari ou de justice, 177. — Au cas de refus du mari, les tribunaux sont compétents pour autoriser la femme, 178. — La femme marchande n'a pas besoin d'être autorisée pour faire des actes conservatoires, 179. — Elle peut compromettre sur les faits relatifs à son commerce, 180. — Mais avec l'autorisation de son mari, 181. Voy. *Contrainte par corps.* — Étendue des obligations de la femme marchande, selon les divers régimes sous lesquels elle a pu contracter mariage, 183. — Comment elle oblige son mari, 184 et suiv. — Comment elle oblige son mari si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de celui-ci, 187. — Des femmes et des filles non marchandes publiques, 188. — Des lettres de change et des billets à ordre souscrits par des femmes marchandes, 189. — Par des femmes ou filles non marchandes, 190. — Des signatures données par les femmes non marchandes conjointement avec leurs maris, 191. — Du tribunal compétent pour connaître des lettres de change ou des billets à ordre souscrits par des femmes ou filles non marchandes, 192. — Autorisation nécessaire pour qu'une lettre de change sous-

crite par une femme non marchande vaille comme simple promesse, 193. — Des lettres de change souscrites par une femme au nom de son mari, 194. Droits de propriété littéraire ou industrielle obtenus par des femmes mariées, 195. — Une femme peut-elle être arbitre? 196. Voy. *Faillite*.—La femme qui veut faire valoir ses droits dans la faillite de son mari, doit préalablement obtenir sa séparation de biens, 380. — Contre qui doit être formée la demande de séparation, 381. — Droits des créanciers de la femme si la femme ne demande pas la séparation, 382. — Effets de la demande, 383. — Esprits des dispositions du Code de commerce sur les droits des femmes du failli, 384. — Reprises des immeubles, 385 et 386.—Dettes auxquelles sont soumis les immeubles repris par la femme, 387. — Reprise des meubles, 388 et 389. —Reprises des deniers, 390. — Nullité, en cas de faillite, des avantages constitués par contrat de mariage, 391 et 392. — Des donations faites pendant le mariage, 393. — Hypothèque légale, 394 et suiv. Voy. *Hypothèque légale*. — Les droits de la femme, en cas de faillite de son mari, ne sont modifiés qu'à l'égard des créanciers et quand la faillite a été déclarée, 399. — Après la faillite la femme reprend ses droits contre son mari, 400. — Questions transitoires, 402. Voy. *Hypothèque judiciaire*, *Hypothèque conventionnelle*.

Fonctionnaires. Ne peuvent faire le commerce, 29.

Fonds de commerce. Est meuble, 431. — L'achat d'un fonds de commerce est-il acte de commerce? 22 et 440. — *Quid?* de la revente, *ibid.* Voy. *Communauté*.

Forges. Voy. *Usines*.

Français. Qui est Français? 36. — Preuve de la qualité de Français, 37. — Comment elle s'acquiert; étrangère qui épouse un Français; étranger qui épouse une Française, 38. — Naturalisation. 39. — Comment se perd la qualité de Français, 40. — Etablissements faits en pays étranger sans esprit de retour, 42. Voy. *Denization*, *Russie*, *Hambourg*. — Comment se recouvre la qualité de Français, 46.— Française qui épouse un étranger, 47.—... ou un Français qui plus tard devient étranger, 48.— Des mineurs dont le père devient étranger, 49, 50. — Changement de naturalité, par suite d'un démembrement du territoire, 51.

Fruits. Différentes espèces de fruits, 433. — Droits du possesseur aux fruits de la chose possédée, 434.

H

Hypothèque légale. Hypothèque légale de la femme en cas de faillite du mari, 394. — Sur quels biens elle s'exerce, 395. — La femme qui n'a pas d'hypothèque légale reste chirographaire, 396. — La femme qui prend part au concordat renonce-t-elle à son hypothèque légale? 401.

Hambourg. Le Français qui obtient à Hambourg des lettres de bourgeoisie perd-il la qualité de Français? 45.

Héritier. Ce qu'on entend par héritier, 403. — Il représente la personne du défunt, 404. — Compétence relativement aux actions dirigées contre les héritiers du commerçant, 405 et suiv. — De l'héritier engagé

dans les ordres sacrés, 409. — Compétence quant aux arbitres forcés ou volontaires, 410. — Effets du compromis, 411. — Voies d'exécution contre les héritiers, contrainte par corps, 412. — Délais et prescriptions contre les héritiers, 413 et 414. — Payement des dettes par les héritiers, 415. Voy. *Renonciation à succession* et *Bénéfice d'inventaire*. — Règles relatives aux héritiers des faillis, 256.

HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE. La femme d'un failli peut-elle se prévaloir d'une hypothèque conventionnelle ? 399.

— JUDICIAIRE. La femme d'un failli peut-elle se prévaloir d'une hypothèque judiciaire ? 397.

— LÉGALE, du mineur sur les biens de son tuteur, 78. — ... En cas de faillite du tuteur, 141. Voy. *Communauté*.

I

IMMEUBLES. Ce que c'est, 419. — Différentes espèces d'immeubles 420, 428. Voy. *Bâtiments*, *Forges*, *Immeubles par destination*, *Manufactures*, *Navires*, *Usines*, *Offices*, *Fonds de commerce*, *Chemins de fer*. — Ne peuvent faire l'objet d'un commerce, 432.

— PAR DESTINATION. Ce que c'est ; quelles choses sont immeubles par destination, 420 et suiv.

IMMOBILISATION. Valeurs mobilières immobilisables, 430.

INCAPACITÉ. De l'incapacité de contracter et de faire le commerce, 72 et suiv. Voy. *Mineurs*, *Interdits*, *Prodigues*, *Mort civil*, *Femmes*, *Faillite*, *Juifs*.

INDUSTRIE AGRICOLE. Quand constitue-t-elle un commerce, 16.

— MANUFACTURIÈRE. Est un commerce, 16.

INTERDICTION. Ce que c'est. Différentes sortes d'interdiction, 142. — Interdiction judiciaire, ses effets, 143. — Sa durée, 144. — L'interdit ne peut faire le commerce, 145. — De la certitude de la date des actes faits par les interdits, 147. — Relativement aux lettres de change ou aux billets à ordre, 148. — Tutelle des interdits, 149. — Un mineur peut être interdit, 146. — De l'interdiction légale, 159.

J

JET A LA MER. Expropriation qui en résulte, 430.

JUGE-COMMISSAIRE. Ses fonctions, 278.

JUIFS. Histoire de l'état des Juifs, 296. — Leur état à Rome, 294. — En France, sous les deux premières races, 298. — Sous la troisième race, 299. — Leur bannissement définitif sous Charles VI, 300. — Leur établissement dans le midi de la France, en Lorraine, en Alsace, 301. — Mesures prises par l'assemblée constituante, 302. — Sous l'Empire, 303. — Décret du 17 mars 1808, 304. — Ce décret a conservé ses effets jusqu'en 1818, 305. — État actuel des Juifs, 306. — Du serment des Juifs, 307 et suiv.

L

LETTRE DE CHANGE. Voy. *Mineurs*, *Femmes*.

LOIS CIVILES. Application de leurs divisions aux matières et aux lois commerciales, 1.

M

MAGISTRATS. Ne peuvent faire le commerce, 29.

MANDAT. Voy. *Faillite*, *Mineurs*.

MANUFACTURES. Quand les ustensiles des manufactures doivent être réputés meubles ou immeubles, 420 et 423. — L'achat d'une manufacture est-il un acte de commerce? 434. Voy. *Communauté*.

MARCHANDISES. Ce que c'est, 436. — Distinction entre les marchandises et les denrées, 427. — Quand un meuble devient-il ou cesse-t-il d'être marchandise, 438. — Les métaux et la monnaie sont marchandise, 439. — Les meubles incorporels sont une marchandise, 440. — Le travail est une marchandise, 441. — Quand les droits de propriété littéraire ou industrielle peuvent-ils être considérés comme marchandises, 442.

MARI. Voy. *Faillite*.

MARINE MARCHANDE. Voy. *Mineurs*.

MARQUES DE FABRIQUE. Propriété des marques et du nom, 469, 473. Voy. *Contrefaçon*.

MEUBLES. Ce que c'est, 419. — Quelles choses sont meubles, 421, 429. — Peuvent seules faire l'objet d'un commerce, 432.

MINES. Quand elles sont immeubles et quand elles sont meubles, 420. — Ne peuvent faire l'objet d'un commerce, 433. Voy. *Communauté*.

MINEUR. Ce que c'est que la minorité, 75. — A quel âge elle cesse, 76. — Nullité des actes faits par le mineur seul, ou par le tuteur sans l'accomplissement des formalités voulues, 80. — Le mineur seul peut demander la nullité des actes par lui consentis, 81 et 110. — Du mineur autorisé à faire le commerce, 82. — Autorisation qui lui est nécessaire, 83. — Droit ancien, 84. — Droit nouveau, 85. — Formes de cette autorisation, 86. — Elle doit être expresse et directe, 87. — Elle peut être donnée par acte sous seing-privé, 88. — Elle est nécessaire même pour un acte isolé de commerce, 89. — Elle peut être limitée, 90. — Peut-elle être révoquée? 91. — Elle n'a d'effet que pour les actes commerciaux, 92 et 94. — Des actes dont la cause n'est pas exprimée, 93. — Des actes de sociétés contractés par le mineur, 95. — ... Avec son père, 96. — Le mineur commerçant est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce, 97. — Quant à la forme des actes, 98. Quant à leurs résultats, 99. V. *Contrainte par corps*, *Prescription*. — Le mineur n'est pas restituable pour les faits de son commerce, 102. — *Ibid.* du mineur artisan, 103. — Les obligations du mineur commerçant ne sont jamais réductibles, 104. — Il peut engager et hypothéquer ses immeubles, mais non les aliéner. 105 et 106. — Ses créanciers peuvent les faire vendre, 107. — Sans discuter préalablement le mobilier, 108. — Du cautionnement consenti par le mineur commerçant, 109. — Annulation de ses actes pour cause d'incapacité, 111. — Responsabilité du père qui a autorisé son fils mineur, 112. — Faillite du mineur commerçant, 118. — Des mineurs non commerçant, 115. — Lettres de change et billets à ordre souscrits par le mineur non commerçant, 116. — Des sociétés contractés par les mineurs non commerçants, 117, 118 et 119. — De la continuation d'une société avec l'héritier mineur de l'associé décédé, 120, 121 et

122. — Droits du mineur relativement à la propriété littéraire ou industrielle, 123 et 124. — Le mineur peut-il être partie à un contrat d'assurance? 125. — Il ne peut donner un mandat, mais il peut être mandataire, 126 et 127. — Il ne peut compromettre, 128. — Il peut louer ses services, 129. — Peut-il s'engager dans la marine marchande? 130. — Age requis pour remplir certains grades dans la marine marchande, 131. — Effets relativement aux mineurs des actes commerciaux faits par des tiers, 132 et suiv. — Partage des sociétés quand il y a des associés mineurs, 133. — Le compromis passé entre majeurs est-il obligatoire pour les héritiers mineurs? 134.—Les héritiers mineurs des associés sont-ils soumis aux arbitres forcés? 135 et 136. Voy. *Prescription*. — Le mineur peut-il concourir à un concordat? 138, 139 et 140. Voy. *Hypothèque légale*.

MONNAIES. Voy. *Marchandises*.

MORT CIVILE. Ce que c'est que la mort civile, 153. — Ses effets, 154. Le mort civil peut faire le commerce, 155. — Obtenir un brevet d'invention ou des droits de propriété littéraire, 156. — Droits acquis antérieurement ou postérieurement à la mort civile, 157. — Le mort civil peut-il compromettre? 158.

N

NATURALISATION. Comment elle a lieu, 39.

NAVIRES. Sont meubles, 427. Voy. *Communauté*.

NOBLES. Peuvent faire le commerce, 27.

NOMS. Voy. *Marques*.

O

OFFICES. Sont meubles, 431. Voy. *Communauté*.

P

POSSESSION. Voy. *Propriété*.

POUDRE. Les débitants de poudre sont-ils commerçants?

PRÉCIPUT CONVENTIONNEL. Voyez *Communauté*.

PRESCRIPTION contre les mineurs commerçants, 101. — Prescriptions courtes, 137, 414. Voy. *Héritiers*.

PRÊTRES. Peuvent-ils faire le commerce? 28. — Voy. *Héritier*.

PROPRIÉTÉ, ce que c'est, distinction entre la possession et la propriété, 444. — Des choses communes et de celles qui sont dans le domaine public, 445. — Les choses incorporelles peuvent faire l'objet d'un droit de propriété, 446. — Les personnes ne peuvent être un objet de propriété, 447. — Étendue du droit de propriété; ses limites légales ou conventionnelles, 449. — nul ne peut être contraint de céder sa propriété, 450. Voy. *Expropriation pour utilité publique, Jet à la mer*. — Modes d'acquérir et de transmettre la propriété, 451. — Occupation, 452. — Droit d'accession naturelle, 453. Voy. *Fruits*.—Droit d'accession artificielle, 455.

PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE. Son fondement, 466 et suiv.

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE. Condition d'exercice, durée.— objets auxquels elle s'applique, 470 et suiv. Voy. *Contrefaçon*. — Les droits de propriété littéraire sont meubles, 431. Voy. *Mineur*, *Mort civile*, *Femmes*, *Communauté*.

PUBLICATIONS. Voy. *Communauté*, *Contrat de mariage*, *Séparation de biens*.

R

Réalisation.—de la clause de réalisation, 357.

Régime dotal. — Ce que c'est. Inaliénabilité de la dot, 368.— Sa constitution, 369. — Dot mobilière, 370. — Des paraphernaux, 371.—Des dettes, 372.— Cas dans lesquels la dot est aliénable, 373.

Réhabilitation. Quand elle peut être obtenue, ses effets, 286.

Renonciation a succession. Ce que c'est, ses effets, 416. Voyez *Faillites*.

Reprises. Voyez *Communauté Femmes*.

Restitution. Voy. *Mineur*.

Russie. Le Français qui, en Russie, se fait incorporer dans une guilde perd-il la qualité de Français? 44.

S

Sauf-conduit. Voy. *Faillite*.

Sculpture industrielle. Règles qui lui sont propres, 474. Voy. *Contrefaçon*.

Séparation de biens. Ce que c'est, 69. — Publication du jugement qui le prononce, 70. — Séparation de bien conventionnelle, 367. Voy. *Femmes*, *Communauté*.

Séparation de dettes. Ce que c'est, 360.

Serment. Voy. *Juifs*.

Société. Domicile des sociétés, 55.—...D'une société dissoute, mais non liquidée, 56. Voy. *Mineur*, *Faillite*.

Syndics. Nomination des syndics, 279. — Indemnité à laquelle ils ont droit, 280. — Leurs fonctions, 281. — Comment ils sont tenus des dépens auxquels la masse est condamnée, 282.

T

Tabac. Les débitants de tabac sont-ils commerçant? 9.

Tuteur. —Son administration, 77.

U

Union (Contrat d'). Ses effets généraux, 284. — Relativement à la contrainte par corps, 285.

Usines. — Quand les ustensiles et machines des usines doivent être réputés meubles ou immeubles. 420, 424, 425. Voy. *Communauté*.

Usufruit. Ce que c'est, quels fruits appartiennent à l'usufruitier. 456. — Obligations de l'usufruitier, spécialement de l'usufruitier d'une manufacture ou d'un fonds de commerce, 457. — Des réparations, 458. —Usufruit des choses fongibles et non fongibles, 459. — Application à l'usufruit d'un fonds de commerce ou d'une manufacture, 440. — Du cas ou au fonds soumis à l'usufruit se trouve joint un brevet d'invention ou des droits de propriété littéraire, 461. — De l'usufruit d'un fonds de commerce de Banque ou de commission, 462. — Obligation de l'usufruitier de faire inventaire ou de donner caution, 464.

V

Vente. — Voy. *Faillite*.

Veuves. Compétence relative aux veuves des commercants 375, 405 et suiv.

Victuailles. Droit du capitaine de faire mettre en commun pendant la traversée, les vivres particuliers des passagers, 450.

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE.

TABLE DES MATIÈRES.

—

(Le chiffre indique la page.)

LIVRE III. — Du droit civil dans ses rapports avec la personne des commerçants 1

TITRE I. Des commerçants en général. 2

CHAPITRE I. Qui est commerçant. — Quand les commerçants sont-ils réputés faire acte de commerce. . . . . *Ib.*

CHAPITRE II. Qui peut être commerçant 17

TITRE II. Des commerçants considérés comme citoyens . . . 24

CHAPITRE I. De la nationalité. — Comment s'acquiert, se conserve et se perd la qualité de Français. 25

CHAPITRE II. Du domicile. 42

CHAPITRE III. Du mariage des commerçants 53

TITRE III. De l'incapacité de contracter, dans ses rapports avec la faculté de faire le commerce. 63

CHAPITRE I. Des mineurs 64

SECTION I. Du mineur autorisé à faire le commerce 67

SECTION II. Des mineurs non commerçants 99

SECTION III. De quelques effets produits relativement aux mineurs, par les actes commerciaux faits par des tiers. 112

CHAPITRE II. De l'interdiction et du conseil judiciaire. . . 122

CHAPITRE III. De la mort civile et de l'interdiction légale. . 128

CHAPITRE IV. Des femmes 152

CHAPITRE V. Des faillis 170

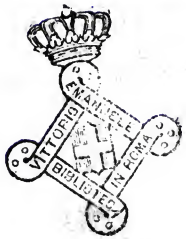
SECTION I. Caractère de l'état de faillite 171

SECTION II. Effets de la faillite 216

§ I. Effets de la faillite relativement à la personne, aux biens et aux droits généraux du failli 219

§ II. Effets de la faillite relativement aux actes antérieurs au jugement déclaratif 249
§ III. Administration de la faillite 272
§ IV. Quand cessent les effets de la faillite. 276
SECTION III. De la banqueroute 279
CHAPITRE VI. Des Juifs 284
TITRE IV. Des conjoints et des héritiers des commerçants . . 313
CHAPITRE I. Des conjoints des commerçants 313
SECTION I. Droits généraux des époux 313
SECTION II. Droits des conjoints en cas de faillite de l'un d'eux; et spécialement des droits des femmes. . . 362
CHAPITRE II. Des héritiers des commerçants 392
LIVRE IV. Du droit civil dans ses rapports avec les choses qui font l'objet du commerce 416
TITRE I. De la distinction des biens 417
CHAPITRE I. Des meubles et des immeubles 418
CHAPITRE II. Des choses qui peuvent faire l'objet du commerce. 432
TITRE II. De la propriété. 448
CHAPITRE I. Du droit de propriété, de son étendue, des choses auxquelles il s'applique, des modifications dont il est susceptible 448
CHAPITRE II. De la propriété littéraire, artistique et industrielle. 486
SECTION I. Du droit des auteurs, artistes et inventeurs. . 487
SECTION II. Conditions légales et durée des droits de propriété littéraire, artistique et industrielle. . . . 493
SECTION III. De la contrefaçon 502
TABLE ANALYTIQUE 507

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.



Digitized by Google

Digitized by Google